

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCION DEL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS

“MUERTE LEGÍTIMA EN CONFLICTO ARMADO: CASO OPERACIÓN FÉNIX”

DIRECTOR: MR. EFREN GUERRERO

GABRIELA LEÓN COBO

QUITO, 2012

AGRADECIMIENTO

Sin duda la guerra es la expresión más execrable de la conducta de los seres humanos: en estas circunstancias se quebranta el reconocimiento implícito de la alteridad, el derecho de existir del *otro*, y el valor que tiene cada uno por su presencia misma.

Por ello, con admiración, agradezco a las personas que en diferentes aspectos, dedican su vida al alivio de los sufrimientos de las personas en guerra. De manera especial, agradezco a quiénes tuvieron el valor de denunciar estas atrocidades y confiar en que la justicia puede ser imparcial, reparadora y perpetuadora de la verdad.

RESUMEN

En la presente tesina se analiza la naturaleza de los conflictos armados contemporáneos y la pertinencia del derecho internacional humanitario como derecho tradicionalmente regulatorio de las guerras. Así, en el desarrollo de esta investigación, se constata que el derecho internacional humanitario es suplantado por la última jurisprudencia de tribunales internacionales que innovan el sentido de complementariedad del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, para dar respuesta a los graves detrimentos de la dignidad humana que suceden en estos conflictos.

Para este estudio, se ha utilizado la doctrina más reciente del Comité Internacional de la Cruz Roja, órgano especializado en el desarrollo del derecho internacional humanitario, como de organismos internacionales que interpretan el derecho internacional humanitario y los derechos humanos, como la Organización de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros. Otro recurso fundamental en esta tesina son las fuentes periodísticas, que han otorgado un alcance muy actual en el análisis de los conflictos armados contemporáneos.

ÍNDICE

1.	TEMA	6
2.	INTRODUCCIÓN	6
	CAPÍTULO I	
	NUEVAS GUERRAS	
1.1	Tipos de conflictos armados	11
1.2	Artículo 3 Común de los cuatro Convenios de Ginebra	13
1.3	Protocolo II o el <i>Protocolo guerrillero</i>	17
1.4	Protocolo I: el derecho a la autodeterminación y el derecho a la guerra.	21
1.5	Las nuevas guerras, la <i>Fórmula Tádíc</i>	25
	CAPÍTULO II	
	NUEVOS PROTAGONISTAS:	
	¿CIVILES DE DÍA, COMBATIENTES DE NOCHE?	
2.1.	Los principios del derecho internacional humanitario.	
	¿Se aplican en las nuevas guerras?	31
2.1.1	Actores que protagonizan las nuevas guerras	31
2.1.2	Los principios del Derecho Humanitario pertinentes a las nuevas guerras	32
2.1.3	Distinción de civiles y combatientes	37
2.2	Terrorismo	
2.2.1	¿Qué es el terrorismo?	40
2.2.2	Terrorismo, ¿una forma de insurgencia?	43
	CAPÍTULO III	
	CASO PRÁCTICO: OPERACIÓN FÉNIX	
3.1	Caracterización del conflicto armado interno en Colombia	45
3.2	Conflicto armado interno en Colombia, implementación del DIH	50
3.3	Operación Fénix	
3.3.1	Desarrollo de la Operación Fénix	54
3.3.2	Teoría de la jurisdicción extra-territorial	57
3.4	Análisis. ¿Responsabilidad internacional de Colombia?	61
	CAPÍTULO IV	
	ANÁLISIS, CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES	
4.1.	Análisis	66
4.2.	Conclusiones	67
4.3.	Recomendaciones	69
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

ABREVIACIONES

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

Artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra

Autodefensas de Colombia

Carta de las Naciones Unidas

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Comité contra el Terrorismo

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Comité Internacional de la Cruz Roja

Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Convenio para los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, 1949

II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 1949

III. Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, 1949

IV. Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, 1949

Corte Interamericana de Derechos Humano

“ACNUR”

“Artículo 3 Común”

“AUC”

“Carta de la ONU”

“Comisión Interamericana”, “Comisión” o “CIDH”

“CT”

“Comité de Derechos Humanos” o

“OACDH”

“Cruz Roja”, “CICR” o “ICRC”

“Consejo de Seguridad” o “CS”

“Convención Americana” o “CADH”

“Convenio Europeo de Derechos Humanos” o “Convenio Europeo”

“Convenio de Ginebra I” o “Primer Convenio de Ginebra”

“Convenio de Ginebra II” o “Segundo Convenio de Ginebra”

“Convenio de Ginebra III” o “Tercer Convenio de Ginebra”

“Convenio de Ginebra IV” o “Cuarto Convenio de Ginebra”

“Corte Interamericana” o “Corte IDH”

Corte Penal Internacional	“ICC”
Derechos Humanos	“DDHHS”
Derecho Internacional Humanitario	“Derecho Humanitario” o “DIH”
Estados Unidos de Norte América	“Estados Unidos” o “EEUU”
Estatuto de la Corte Penal Internacional	“Estatuto de Roma”
Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo	“FARC – EP”
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	“Pacto Internacional” o “PIDC”
Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977	“Protocolo I”
Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977	“Protocolo II”
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos	“OACDH”
Organización de Estados Americanos	“OEA”
Organización del Tratado Atlántico Norte	“OTAN”
Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas	Relator sobre las ejecuciones extrajudiciales
República de Colombia	“Colombia” o “Estado colombiano”
República del Ecuador	“Ecuador” o “Estado ecuatoriano”
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	“Tribunal Europeo” o “TEDH”
Tribunal Penal Internacional para Ruanda	“Tribunal Penal de Ruanda” o “ICTR”
Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia	“Tribunal Penal para Yugoslavia” o “ICTY”

1. TEMA

MUERTE LEGÍTIMA EN CONFLICTO ARMADO: CASO OPERACIÓN FÉNIX

2. INTRODUCCIÓN

Adriano, Emperador de Roma, constata que el ejército considera la paz como un período de ocio turbulento entre dos combates, “la alternativa de esa inacción o ese desorden es la preparación de una determinada guerra, seguida por la guerra misma” (p.95), palabras que perennizan a la humanidad encaminada en una violencia cíclica. Thomas Hobbes, por su lado, señala de manera lúgubre que la “miserable condición de guerra” es consecuencia necesaria de las pasiones naturales de los hombres, y una “restricción sobre sí mismos” es el deseo para lograr una vida más armónica.

No hay historia de la humanidad sin un acto de guerra, y, contemporáneamente con la inexorable unión de la información virtual, cada persona es testigo y parte de *algún* tipo de violencia estatal, sin importar la dimensión geográfica. Asimismo, ahora las guerras trascienden dimensiones espaciales, superan convenciones, y parecería ser, profanan la esencia humana; ahora, los combatientes no utilizan uniformes y el campamento de concentración puede ser tu propia casa.

En efecto, los conflictos modernos suceden entre personas del mismo barrio, ciudad y país, e involucran la intervención de terceros, sea un organismo internacional o un tercer Estado. Ante esto, han sido los tribunales penales especiales o los órganos de interpretación de los instrumentos de derechos humanos quiénes dan respuesta a estos conflictos, en contraposición con los Convenios de Ginebra de 1949,¹ que parecen haberse solidificado en una caja pétrea la cual contiene prescripciones imprescindibles de los límites de la guerra, pero, insuficientes.

En la lectura de la presente tesina se desarrollará este proceso fluctuante del derecho internacional humanitario y los derechos humanos que ambiciona

¹ *Convenios de Ginebra de 1949*, se refiere a los cuatro Convenios de Ginebra que regulan el derecho de la guerra moderna

internacionalizar los conflictos contemporáneos, con la pretensión de que imperen los acuerdos mínimos de humanidad a los que ha llegado la comunidad internacional. De esta manera, en el primer capítulo se presentará cuáles son los tipos de conflictos armados contemporáneos, y cómo el Derecho Humanitario ha sido pertinente para estos, a partir de un estudio del reconocimiento de la beligerancia, a los debates de la comunidad internacional respecto a garantías en conflictos internos, como el Artículo 3 Común, el Protocolo II y el Protocolo I. Además, en este capítulo se visibiliza la importancia de los tribunales penales internacionales en el desarrollo del derecho, como por ejemplo, la teorización de la *Fórmula Tádic*, como una nueva definición de conflicto armado.

En el segundo capítulo, se visibiliza al fenómeno del terrorismo como una característica de las nuevas guerras contemporáneas, en que se cuestiona si éste fenómeno responde a un nuevo tipo de insurgencia política o no. En este contexto, se hace necesario profundizar en la asimetría de los conflictos que engloban este fenómeno, y en la dificultad de poder distinguir a los combatientes que parecen optar por el *estatus de civil* como una táctica de guerra no convencional.

Por último, se analiza un caso práctico, la Operación Fénix en el contexto del conflicto armado interno en Colombia. La Operación Fénix conmocionó al Estado ecuatoriano al perpetrarse dentro de su territorio. En el estudio de este caso, se verifica que los conflictos internos no escapan del fenómeno de su *internacionalización*, y por ende, se debate la pertinencia de los principios del Derecho Humanitario en conflictos no internacionales. Se comprobará que los derechos humanos refuerzan las garantías del respeto a la vida y la dignidad humana en situaciones de guerra.

CAPÍTULO I NUEVAS GUERRAS

Cuando se luche por la gloria de Dios, compórtense como hombres, no dejen que la sangre de mujeres o niños o ancianos manchen su victoria. No destruyan palmeras, no quemen casas o sembríos de trigo, no corten los árboles frutales ni mates el ganado al menos que necesiten comer. Cuando firmen un acuerdo, asegúrense de respetar su cláusulas. Mientras avancen, se encontrarán con hombres de fe viviendo en monasterios y personas que sirvan a Dios a través de sus plegarias; déjenlos, no los maten y no destruyan sus monasterios. (Profeta Mahoma, citado en Abu Bakr, citado en Sassòli, M., Bouvier, A.A. y Quintin, A. s.f., p. 2).

El derecho de la guerra se halla en la historia de la humanidad, y contiene la misma previsión en las diferentes tradiciones del mundo. La Sagrada Biblia, por ejemplo, narra que cuando Elisha preguntó al Rey de Israel si debe infringir daño a sus enemigos cautivos, el Rey responde que debe darles de comer y de beber, e ir a donde su rey; con esto los enemigos no regresaron a sus tierras más (La Sagrada Biblia, 25:34-36). Asimismo, Sun Tzu en el libro *El Arte de la Guerra*, cita a Li Ch'uan, *No premies el matar* (Sun Tzu, citado en Sassòli y otros, s.f.). En el mismo sentido, en el Libro de Manu de las enseñanzas hindúes señalan que es prohibido atacar a quien cuya arma está rota, a quién está afligido, a quién está dolorosamente herido, o quién está en terror (Goldman y Parks, 2010).

De esta manera, se manifiesta la probabilidad de que han existido elementos de trato humano en las guerras en casi todo el mundo y en casi todas las culturas. De igual manera, el Derecho Humanitario Internacional o el derecho de la guerra, representa los límites de la esencia humana, que aún en condiciones de guerra, si éstos son quebrantados, los combatientes sacrifican su humanidad (Sassòli y otros, s.f.).

La beligerancia² por otro lado, de manera tradicional, era el reconocimiento que hacía un Estado frente a la situación de guerra entre otros Estados (Sepúlveda, citado en Valcárcel, 2008). La Corte Suprema de Estados Unidos, reconoció la existencia de una *guerra civil* entre España y sus colonias, y adoptó una posición de neutralidad frente a las *partes beligerantes* (*The Santissima Trinidad and St. Sander*, 1822, citado en Cullen, 2010).

² Beligerante: del latín *belligerans*, -antis. Dicho de una nación, de una potencia, que está en guerra (RAE, 2001)

En efecto, ante conflictos como los de España con sus colonias, la concepción de beligerante ha permutado, y se ha trasladado a los conflictos que suceden dentro del mismo Estado, en consecuencia, el reconocimiento de la beligerancia, es el reconocimiento de un *estatus* de sujetos en el derecho internacional público (Wilson, 1990).

Hans Kelsen (1952), respecto a la insurgencia dentro del mismo Estado, determina las siguientes condiciones que deberían darse para que sean reconocidos a nivel internacional:

1) Los insurgentes deben tener un gobierno y una organización militar propios. 2) La insurrección debe ser conducida en la forma técnica de la guerra, es decir, debe ser algo más que una pequeña revuelta y asumir las verdaderas características de una guerra, especialmente considerando los medios de destrucción usados por las partes. 3) El gobierno de los insurgentes debe dominar efectivamente una cierta parte del territorio del Estado en el cual tiene lugar la guerra civil, es decir, el orden establecido por los insurgentes debe ser efectivo para una cierta parte del territorio de este estado. (s.p.)

Ahora bien, ¿cómo se determina ese limbo abstracto, *algo más que una pequeña revuelta y verdaderas características de la guerra*? Una noción puede ser la *duración de la insurgencia*, es decir, si esta rebelión es una amenaza esporádica, que puede reprimirse por procedimientos normales de seguridad interna, o no se conoce de su existencia en un nivel internacional, no llegaría al umbral de reconocimiento internacional (Goldman y Parks, 2010). No obstante, Cullen (2010) explica que no existe una categoría clara respecto a qué circunstancias fácticas ocasionan esta condición para el reconocimiento de beligerancia internacional, así, ni el grado de violencia, ni el control del territorio o el establecimiento de una *cuasi*-autoridad por parte de los insurgentes.

En la práctica, los terceros Estados son los definen este concepto, y utilizan este reconocimiento para proteger sus intereses económicos y políticos (Wilson, 1990). Esto se constata, por ejemplo, en la intervención militar impulsada por los Estados Unidos en la insurgencia de Libia que comenzó en febrero de 2011 ("Libya on the Line", 2012), con la justificación de prevenir una previsible catástrofe humanitaria ("With Libya", 2011). La influencia geopolítica de Estados Unidos se concretó en una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que autorizó a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias en

Libia para proteger a los civiles (ONU CS. Res. 1970, 1993).

Esta resolución fue interpretada en el sentido de que una de las medidas de protección a los civiles, podía ser el suministro de armas a los grupos insurgentes de Libia ("Libya: Coalition", 2011). En efecto, la Organización del Tratado Atlántico Norte (OTAN), con 18 países participantes, apoyaron y armaron a los grupos que se rebelaron al gobierno libanés, grupos rebeldes integrados por personas voluntarias, sin conocimiento o estructura militar ("The US and the new Middle", 2011), en un claro reconocimiento de beligerancia, *ergo*, como sujetos de derecho internacional.

En este acontecimiento se demuestra cómo el reconocimiento de beligerancia puede ser otorgado por los Estados de acuerdo a sus intereses. Así, en Libia, los Estados intervinientes tenían la finalidad de preservar la paz, evitar una catástrofe humanitaria, y participar en el comercio de petróleo, como un factor contribuyente a los otros intereses ("The US and the new Middle", 2011).

Por otro lado, para los insurgentes, los efectos de esta nueva condición jurídica se desplegaron virtuosamente: la organización política y militar de rebeldes denominada el Consejo Nacional de Transición (Gritten, 2011), luego de derrocar al mandatario libanés Muammar Gaddafi ("Muammar Gadaffi killed", 2011) con la refuerzo de la OTAN, se consolidó cómo el Gobierno de Transición de Libia, reconocido por la comunidad internacional. Asimismo, la Corte Penal Internacional, emitió una orden de arresto a Gaddafi y a su hijo por ataques cometidos en contra de población civil ("Libya: Muammar Gaddafi", 2011), ahora, el Consejo de Transición es compelido a cumplir las obligaciones legales internacionales, como es la ejecución de las órdenes de la Corte Penal Internacional ("Libya: Surrender", 2011).

Ahora bien, respecto a las operaciones militares de la OTAN dominadas por el personal de Estados Unidos,³ el gobierno libanés declaró que habrían muerto 718 civiles además de las personas heridas, sin contar el número de combatientes muertos en combate; lo que seis meses después resultaría en un estimado de 10.000 muertes desde la insurgencia (Piven, 2011). Ante estos

³ De los 18 países de la OTAN que participaron en la intervención de Libia, de 13.000 combatientes, 8.000 eran de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos ("Nato operations in Libya", 2011).

hechos, ¿qué normas del Derecho Humanitario son vinculantes para refrenar la violencia interna que se origina en las insurgencias? ¿cómo se regula la actuación de operaciones militares, multinacionales, fuera de su territorio? ¿cuándo se determina la disolución de un Estado?

Ahora bien, estas preguntas son desarrolladas en el presente capítulo, sin embargo, es necesario conocer cuáles son los tipos de conflictos armados que se conocen en la actualidad, para luego contrarrestarlos con el derecho internacional humanitario.

1.1 Tipos de conflictos armados

En la actualidad, se pueden identificar siete tipos de conflictos de distinta naturaleza (Pejic, 2011):

- El *primero*, se puede identificar como el conflicto *tradicional* o *clásico*, en que las fuerzas armadas de un gobierno lucha en contra de uno o más grupos armados organizados dentro del territorio de un solo Estado.
- El *segundo* tipo de conflicto, sucede entre dos o más grupos armados organizados en el territorio de un solo Estado, en este caso el Estado puede estar fragmentándose, o su vez, puede estar involucrado en un conflicto internacional.
- El *tercer* tipo de conflicto emerge cuando dentro del territorio de un Estado la querella entre las fuerzas armadas del gobierno, y uno o más grupos armados organizados, se *derrama* dentro del territorio de Estados vecinos.
- Ahora bien, en la última década se ha configurado una *cuarta* caracterización, los *conflictos internos multinacionales*, que involucran fuerzas armadas de varias naciones o Estados que luchan junto con un gobierno anfitrión en contra de uno o más grupos armados dentro de su territorio. El ejemplo más visible es el caso de Afganistán, que en octubre de 2001 comenzó con la intervención armada de Estados Unidos de Norteamérica, entonces como un conflicto internacional y en junio de 2002, la Cruz Roja lo re-clasificó como un conflicto interno al establecerse el

gobierno de Afganistán. Desde entonces, los Estados Unidos y la Fuerza de Asistencia Internacional para la Seguridad⁴ han actuado en apoyo del gobierno afgano en contra de grupos armados como el Movimiento Talibán y Al Qaeda (Pejic, 2011).

- En esta línea, surge otro conflicto multinacional distinto, una *quinta* caracterización, ante la inquietud de qué régimen legal impera cuando fuerzas armadas de organismos multilaterales como las Fuerzas Armadas de las Naciones Unidas o de la Unión Africana, intervienen en soporte de un gobierno y de alguna manera como *parte* del conflicto en contra de grupos organizados.
- En la complejidad de las situaciones contemporáneas, una *sexta* descripción de conflicto emerge cuando las fuerzas de un Estado están implicadas en hostilidades con uno o varios actores no estatales y operan desde el territorio de otro Estado sin el consentimiento de éste. Justamente éste fue el escenario de guerra entre Israel y Hizbollah en el año 2006, que se originó con un secuestro de dos soldados israelíes por parte de Hizbollah lo que para Israel fue considerado un acto de guerra. Debido a que Hizbollah es una organización que operaba en Líbano, Israel intervino en este país y realizó sus operaciones militares en contra de su enemigo (ONU CS, Res. 1701, 2006).
- Por último, un séptimo paradigma en las guerras es el *conflicto transnacional*, concepción de la política de gobierno de los Estados Unidos desde que la administración Bush declaró la *guerra mundial en contra del terror* o terrorismo, en contra de Al Qaeda y sus afiliados, a partir del ataque terrorista ocasionado en los Estados Unidos desde el 11 de septiembre de 2001. Al contrario, la Cruz Roja ha declarado en numerosas ocasiones que no cree que puede existir un conflicto armado de dimensiones globales (Pejic, 2011).

⁴ Desde el 11 de agosto de 2003, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, constituyó la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad, conformada por 37 países, y hasta la fecha actual, liderada por OTAN (ONU CS, Res. 1386, 2011)

1.2 Artículo 3 Común de los cuatro Convenios de Ginebra

La Corte Internacional de Justicia expresa que este artículo contiene “*consideraciones elementales de humanidad*” (*Nicaragua v. EEUU*, 1986), en razón de que el Artículo 3 Común estipula la siguiente prohibición en las guerras:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*
 - b) la toma de rehenes;*
 - c) los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*
 - d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*
- 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.*

(...)

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto. (énfasis añadido)

El Artículo 3 Común es la primera disposición de su tipo en tratar de manera específica la protección humanitaria en situaciones de conflicto no internacional, por lo cual, Jean Pictet describe su importancia como un paso decisivo para limitar la soberanía estatal en beneficio del individuo (Cullen, 2010). En efecto, el debate de su redacción en la Conferencia Diplomática del año 1949, se centralizó en la posible aplicación de los Convenios de Ginebra en las guerras civiles en el marco de los Convenios de Ginebra de 1949 (Plaza y Janés, 1998), y si habría que definir cuáles son las condiciones para la existencia de un *conflicto armado no internacional* (Cullen, 2010).

Frente a esta falta de especificación, la Conferencia tuvo intensos debates, por un lado, debido a la importancia de imponer restricciones a las guerras internas se argumentaba que este artículo sea considerado como “...una convención en miniatura...” (Plaza y Janés, 1998, p. 21). Por otro lado, los Estados

temían que este instrumento sea utilizado para que los insurgentes sean reconocidos como beligerantes, como lo declaró el representante del Reino Unido, al decir que la aplicación de las Convenciones deberían limitarse a situaciones de guerra, caso contrario aparecería como dar estatus de beligerantes a rebeldes, a quiénes no se les puede reconocer el derecho de hacer una guerra (Cullen, 2010).

A pesar de que estos puntos irreductibles, el Artículo 3 Común tuvo una gran aceptación mundial al ser ratificado por 194 países (ICRC, 2012). Esto se debe a que el Artículo 3 Común dispone que “(l)a aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto” (Artículo 3 Común, 1949), al reafirmar su naturaleza estrictamente humanitaria y ambicionar que los Estados restrinjan su derecho a reprimir legalmente la insurgencia (Cullen, 2010).

En la práctica, esto quiere decir que un gobierno no está obligado a conceder a sus oponentes armados un *estatus de combatientes*, estatus que implica obtener una licencia para matar, herir y/o secuestrar combatientes enemigos; destruir objetivos militares; y causar incidentalmente muertos y heridos entre la población civil (Goldman, 1994). Como lo explica Goldman (1994), un gobierno puede declarar un estado de excepción o emergencia, castigar a los disidentes armados de acuerdo con las leyes internas y juzgarlos por crímenes como homicidio o asesinato, traición, sedición u otros tipos penales.

Pese a esta restricción, el Artículo 3 Común tiene características muy valiosas en momentos de conflicto, como la obligación de ser aplicado de manera automática, *principio de aplicación inmediata* (Plaza y Janés, 1998), protege a las personas que no tienen parte activa en las hostilidades (por ejemplo, combatientes que han dejado sus armas), y deja abierta la posibilidad de que se apliquen estos principios por cualquier parte del conflicto, sea las fuerzas armadas de un gobierno y los insurgentes armados organizados, o dos facciones armadas organizadas sin la intervención del Estado (IIDH, 1994).

Asimismo, el Artículo 3 Común ha sido validado en diferentes ámbitos

del derecho internacional: a través de jurisprudencia, se ha determina su aplicación cuando no se define la naturaleza del conflicto; se lo ha reconocido como ley consuetudinaria de derecho internacional público, *ergo*, su vulneración un crimen internacional; se lo identifica como aplicable en un ámbito extraterritorial, y complementario con la protección del derecho internacional de los derechos humanos. A continuación se detallan los ámbitos descritos.

En su aplicación sin la determinación del conflicto, es emblemático el caso *Hamdan v. Rumsfeld* (2006), en el contexto de la *guerra* de los Estados Unidos en contra de Al Qaeda. Hamdan, una persona de nacionalidad yemení, fue capturado por las fuerzas del gobierno de Estados Unidos durante su intervención en Afganistán en el año 2001. En el año 2002, fue llevado a la prisión de la Base de Guantánamo en Cuba, y fue acusado por una supuesta conspiración con la organización Al Qaeda, ante lo cual, sería juzgado por una comisión militar especial.

Frente a estos hechos, la Corte Suprema de Estados Unidos resolvió que si bien no se había definido su estatus como combatiente, ya que no se determinó la existencia de una *guerra internacional* (entre Estados), consideró que el Artículo 3 Común se aplica en conflictos incluso entre *entes no signatarios*, lo que otorga unas mínimas protecciones a los individuos; sin importar si su país ha firmado o no el Artículo 3 Común de Ginebra, o si en el país en donde se encuentra la persona se reconoce esta norma. En virtud de ello, la Corte Suprema dictaminó que un proceso judicial tutelado por una comisión militar especial, contravenía las garantías judiciales esenciales que previene el Artículo 3 Común.

En razón de su reconocimiento como ley consuetudinaria de derecho internacional público, el Tribunal Penal de Ruanda, trasciende de la simple interpretación de subsumir la tipificación del Artículo 3 Común y resuelve que éste artículo pertenece al derecho consuetudinario y su violación constituye responsabilidad penal internacional (*Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, 1998), en razón de que la mayoría de Estados reconocen su violación como actos penales en su legislación interna.

En este orden de ideas, el Consejo de Seguridad (Res. 995, 1994), posicionó la extra-territorialidad del Artículo 3 Común a través del Estatuto del Tribunal Penal para Ruanda, al prescribir por primera vez su tipificación penal, su transgresión como un crimen objeto de ser procesado por el Tribunal (artículo 4), y la jurisdicción del Tribunal para conocer su quebrantamiento cometido tanto en el territorio de Rwanda como en el territorio de los Estados vecinos (artículo 1) (Estatuto del Tribunal Penal de Ruanda, 1994 – 2010).

Por último, es trascendental la resolución *Abella vs. Argentina* (1997), emitida por la Comisión Interamericana de Derechos, en la cual resuelve que el Artículo 3 Común también se aplica a confrontaciones armadas abiertas y de *poca intensidad*, como lo fueron las hostilidades de este caso en que personas (civiles) armadas protagonizaron un ataque a un cuartel en Buenos Aires, Argentina, resultando en un combate de solamente 30 horas, entre los atacantes y las fuerzas de seguridad del Estado.

Además, en *Abella vs. Argentina* (1997), la Comisión Interamericana subraya que es precisamente en situaciones de conflicto armado interno que los instrumentos sobre derechos humanos y el Artículo 3 Común convergen de manera más precisa y se refuerzan recíprocamente, al compartir un *núcleo común de derechos no suspendibles*, con el objetivo común de proteger la integridad física y la dignidad del ser humano. Así, tanto el Artículo 3 Común como el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, protegen el derecho a la vida y en consecuencia, prohíben las ejecuciones sumarias en cualquier circunstancia, así sea en una situación de combate (*Abella vs. Argentina*, 1997)

Sin embargo, Cullen (2010) estipula que ejercer el Artículo 3 Común constituye uno de los mayores obstáculos en la aplicación del derecho internacional humanitario. Como si no pudiera deslindar su herencia política, ante un tipo de conflicto interno los Estados prefieren reflejar que existe un combate en contra de la *criminalidad* o el *terrorismo*, *ergo*, utilizar todas las medidas represivas, legislativas, punitivas y coercitivas, que un gobierno puede utilizar para aplacar la insurgencia (Cullen, 2010).

Como ejemplo el escenario de conflictividad más contemporáneo, a

partir febrero de 2011 en Siria se suscitaron manifestaciones civiles las cuales han sido el detonante para una creciente ola de violencia, una cruenta represión por parte del gobierno sirio, así como la semilla para la formación de grupos rebeldes armados. El mandatario sirio Bashar al-Assad, ante esta situación, ha declarado a las Naciones Unidas y la Liga Árabe, que no hay una solución diplomática posible en Siria mientras grupos “terroristas” desestabilicen su país (“Assad tells Annan”, 2012). No obstante, en este conflicto se estiman alrededor 122.000 personas desplazadas (“Saudi fundraising”, 2012), 7500 civiles muertos, cientos de mujeres y niños heridos (“Syria: En Indiscriminate”, 2012), y denuncias de la existencia de centros de tortura dentro del país (“Tracking down torture”, 2012).

1.3 Protocolo II o el *Protocolo guerrillero*

*En efecto: gracias al arte se crea ese gran Leviatán
que llamamos república o Estado (en latín civitas)
que no es sino un hombre artificial, aunque de mayor estatura
y robustez que el natural
para cuya protección y defensa fue instituido;
y en el cual la soberanía es un alma artificial
que da vida y movimiento al cuerpo entero...*

Thomas Hobbes, *El Leviatán*

El Estado, en la filosofía de Hobbes (1651) constituye una persona a quién, a través de pactos de sus miembros, se le otorga la única facultad de emplear la fuerza y todos los medios que juzgue para mantener la paz y la defensa común, así, en su ejercicio de poder el Estado es el soberano y quiénes son gobernados son los súbditos. La regla esencial para mantener este poder es la sumisión al poder absoluto, es decir, los súbditos no podrían cambiar la forma de gobierno, protestar contra la institución del Estado soberano o enajenar su poder (Hobbes, 1651).

En esta línea, el único derecho de hacer guerra, contras naciones y Estados, pertenece al Estado soberano. Esta concepción origina el concepto moderno de soberanía, en base a la cual el derecho internacional humanitario ha esbozado límites en las guerras entre Estados. Sin embargo, la rebelión también es parte de la historia de la humanidad. Al respecto, Hobbes comenta los siguiente:

No ocurre esto solamente en la monarquía, puesto que aunque el antiguo Estado romano era erigido por el Senado y el pueblo de Roma, ni el Senado ni el pueblo presumían de detentar todo el poder; ello causó, primeramente, las sediciones de Tiberio Graco, Cayo Graco, Lucio Saturnino y otros, y posteriormente las guerras entre el Senado y el pueblo, bajo Mario y Sila, y más tarde bajo Pompeyo y César, hasta la extinción de su democracia y establecimiento de la monarquía. (Hobbes, 1651, p. 327)

En este mismo alcance, Cassese (2008) declara que una insurgencia, afecta al corazón del Estado, hace temblar su propia existencia; es una herida que puede llevar al Estado a su muerte, o a una completa transformación (si los rebeldes ganan la guerra), o a su fragmentación en varios Estados. Como lo dictaminó la Corte Suprema de Estados Unidos, una insurrección en contra de un gobierno puede o no terminar en una rebelión organizada, pero una guerra civil siempre empieza con una insurrección en contra de la autoridad legítima de un Gobierno (*Prizes Cases*, 1862). Por estas razones, el Estado tiene el poder legítimo de reprimir a los rebeldes, y, ¿por qué tendría que acogerse a limitaciones supranacionales?

Desde un punto de vista humanitario, las víctimas de los conflictos armados internos deberían gozar de la misma protección que las víctimas de los conflictos armados internacionales. En ambas situaciones, existen personas en desplazamiento, los civiles son arrestados, juzgados, ciudades son objetivos de ataques, se utiliza armamento militar (Sassòli y otros, s.f.). Las guerras civiles son más barbáricas y crueles que las guerras entre Estados, lo declara Cassese (2008), las guerras civiles son conflictos asimétricos, las fuerzas armadas del Gobierno gozan de la legalidad y el respaldo del aparato estatal; en cambio, los rebeldes son ilegales e ilegítimos, tienen una rudimentaria y débil organización militar, por lo cual emplean ofensivas indirectas escondiéndose entre la población civil, en las ciudades y pueblos y estrategias de guerra de guerrilla (John-Hopkins, 2010).

En esta relación, Estado – insurgentes, el Derecho Humanitario ha evolucionado de manera tímida ante los explosivos sucesos de la historia geopolítica. Su camino es anquilloso: el paso de la sólida soberanía estatal, a un escenario inexorable de difusa interrelación con la comunidad internacional. No obstante, su primera expresión se consolidó en la guerra civil española (1936 - 1939), a través del Acuerdo de Nyon, firmado el 14 de septiembre de 1937 por el Reino Unido, Francia, Bulgaria, Egipto, Grecia, Rumania, Turquía, la Unión

Soviética y Yugoslavia (John-Hopkins, 2010; The Nyon Agreement, 1937).

Si bien este acuerdo focaliza sus compromisos en los ataques realizados en alta mar, plasma un complejo escenario geopolítico durante los tres años de la compleja guerra civil española, que se originó con un golpe de estado fallido por una parte del ejército en contra del gobierno de la Segunda República Española. Debido a que esta guerra cada vez era más inhumana y más cercana a una guerra internacional, los Estados decidieron no intervenir en esta guerra, es decir, no apoyar al gobierno legítimo, por un lado, y por otro lado, reconocer que los rebeldes podían ser sancionados bajo la ley penal española.⁵ Así, el Acuerdo de Nyon fue el primer acuerdo que limita internacionalmente un conflicto interno (Cassese, 2008).

A partir de esta experiencia la Cruz Roja convocó a la Conferencia Diplomática de Ginebra (1974 – 1977), para confirmar y clarificar el Artículo 3 Común con la finalidad de *internacionalizar* los conflictos armados internos, a través de la directa implementación del Derecho Humanitario (ICRC, 1987), en donde se promulga el Protocolo II, con el objeto de reafirmar los principios éticos de humanidad en los conflictos, sin importar su calidad internacional o interna.

Así, el preámbulo del Protocolo II incorpora estos principios de humanidad, lo que se conoce como la *Cláusula Martens*, “...en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública ...” (Primera Conferencia de la Haya, 1899), que según Cassese (2008), es el preámbulo del derecho internacional humanitario moderno, que ante la propagación de conflictos internos, la política internacional se mantiene en un avanzar y retroceder en el renunciamiento de la soberanía estatal a los compromisos internacionales.

Ahora, en la redacción del Protocolo II, el núcleo de la polémica era si éste instrumento internacional debería prohibir las retaliaciones que adopta un Estado, en una legítima prerrogativa, frente a un grupo en subversión (Australia, citado en Conferencia Diplomática, 1974 -1977). En consecuencia de esta polémica, el proyecto de la Cruz Roja de adoptar un protocolo aplicable a todas las situaciones

⁵ Al limitar el apoyo internacional al gobierno legítimo español, este acuerdo favoreció a los beligerantes en la guerra (Cassese, 2008).

de conflicto armado interno, fue restringido suficientemente para sólo contener situaciones de intensa hostilidad, es decir, una *guerra civil* (Goldman, 1994), *sin reconocer un estatuto de combatientes a los insurgentes*.⁶ Pese a que la aplicación del Protocolo II se restringió a un alto umbral de violencia, éste fue adoptado sin el apoyo de la tercera parte de la delegación presente (Cullen, 2010). El ámbito de su aplicación dice lo siguiente:

Artículo 1. Ámbito de aplicación material: El presente Protocolo, que desarrolla y completa el Artículo 3 Común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados. (Protocolo II, 1977, énfasis añadido)

En este aspecto, hay que recalcar la experiencia jurídica de la República de Colombia, ante el contexto de conflicto interno que para la aprobación del Protocolo II, la Corte Constitucional (1994), resolvió que los principios del derecho internacional humanitario plasmados en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, son vinculantes al ser un ético mínimo aplicable en situaciones de conflicto nacional o internacional, al ser parte del *ius cogens* o derecho consuetudinario de los pueblos.⁷

Respecto a la cuestión de la soberanía, álgidamente debatida, la Corte Constitucional colombiana realiza una clara distinción (1994):

...en un conflicto armado no internacional, los alzados en armas son sujetos de derecho internacional humanitario, puesto que están obligados a respetar las normas humanitarias, ya que éstas son normas de ius cogens (...) Pero estos rebeldes no devienen, por la sola aplicación del Derecho Humanitario, (en) sujetos de derecho internacional público, puesto que siguen sometidos al derecho penal interno del Estado respectivo, y pueden ser penados por haber tomado las armas e incurrido en perturbación del orden público (s.p,

⁶ El estatuto de combatiente permite que los insurgentes en caso de su captura tengan un trato privilegiado de *prisioneros de guerra*, así, no sean juzgados por sus actos de guerra, permitidos por el Derecho Humanitario (Tercer Convenio de Ginebra, 1949). En cambio, en el contexto de un conflicto interno, la insurgencia sería juzgada por el derecho interno, pese a que el Protocolo II promueve a que las autoridades otorguen una amnistía (Protocolo II, 1977).

⁷ El *ius cogens* ha sido codificado en el Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados (1969), de esta manera: 53. *Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("ius cogens")*. Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. (énfasis añadido)

énfasis añadido).

A partir de la incorporación del Protocolo II, y pese a que no reconoce a los rebeldes como sujetos de derecho internacional público, la Corte Constitucional (1994, s.p) alienta que se realicen acuerdos entre las partes del conflicto, para “...aliviar la suerte de las víctimas de guerra, favorecer consensos y acrecentar la confianza recíproca entre los enemigos para la búsqueda de la paz.” Esto último por un lado demuestra que el Protocolo II incentiva alguna forma de reconocimiento a los rebeldes, no obstante, la esencia de su efectividad depende de la voluntad del Estado. Por esta razón, académicos del derecho internacional humanitario consideran que el Protocolo II es un retroceso, y expresan que “lo primero que hay que decir del Protocolo II es que al menos existe” (Provost, citado en Cullen, 2010).

1.4 Protocolo I: el derecho a la autodeterminación y el derecho a la guerra

*Permission to fight is given to those who fight
because they have been wronged;
and God is able to give them victory.
Those who have been driven from their homes unjustly,
for no cause other than their saying: Our lord is God.*

Quran, 22.39 -40

Clausewitz declara que la guerra es una continuación de la política por otros medios, a través de la historia tanto los Estados como las personas se han alzado en armas bajo el supuesto que lo hacen por una causa justa (Bugnion, 2004).

En la tradición romanista y escolástica de la Edad Media, a diferencia de la era moderna, Kolb (1997) explica que se esforzaron por elaborar una doctrina de la guerra justa, *bellum iustum*, en que la fuerza se ponía al servicio del derecho o se utilizaba el derecho para limitar la fuerza. Entonces, la guerra era una *respuesta justa* a la agresión no provocada o el último recurso para la prosecución de un derecho violado. En una guerra justa los derechos y deberes de los beligerantes están en exclusiva función de las causas que pretenden perseguir y de la justicia material de éstas.

Ahora bien, ¿puede una guerra ser justa para las dos partes? Francisco de Vitoria negaba que una guerra pueda ser objetivamente justa

para las dos partes (entendiendo lo *objetivo* a la certeza divina),⁸ al reconocer que la ignorancia de los seres humanos provoca la errónea interpretación de la voluntad divina, por ello sugiere necesario la creación de un derecho que sea justo para las dos partes de una guerra, que de buena fe creen luchar por una causa justa. Esta noción de un derecho de guerra autónomo de sus causas, implicó la separación del *ius ad bellum* y la conformación del *ius in bellum* o Derecho Humanitario (Sloane, s.f.).

La necesidad del Derecho Humanitario también deviene de una manera diferente de concebir a la guerra, a partir del siglo XVIII, la guerra se consideró una *situación de hecho*, y como un instrumento de política nacional (Kolb, 1997). Así como surge la importancia de un derecho que restrinja la conducta de los beligerantes sin distinción de la naturaleza de la guerra o de las causas que se pueden atribuir las partes en el conflicto, la utilidad del *ius ad bellum* pasó a ser un recurso en la retórica política de los Estados.

No obstante, en razón de los movimientos de liberación nacional, que surgen en los años de 1950, el *ius ad bellum* vuelve a ser reconocido y codificado. Esto sucedió, por ejemplo, en razón de Sudáfrica y la larga tradición de segregación racial impuesta por el Imperio Británico, que conllevó a la implementación de *normas de separación* o *apartheid*, y ante lo cual la Asamblea de las Naciones Unidas reprueba esta política de segregación y adopta sanciones económicas en contra del gobierno de Sudáfrica (ONU AG, Res. 1761, 1962).

Posteriormente, a través de una resolución denominada *Principios básicos de la condición jurídica de los combatientes que luchan contra la dominación colonial y foránea y contra los regímenes racistas*, las Naciones Unidas reconoce que el colonialismo en todas sus formas y manifestaciones es un crimen, y que los pueblos coloniales tienen el “... *derecho inmanente a luchar contra las Potencias coloniales y la dominación foránea en el ejercicio de su derecho a la libre determinación reconocido en la Carta de las Naciones Unidas...*” (ONU AG, Res. 3103, 1973, s.p.). En ese sentido, las Naciones Unidas *retoma* la idea del derecho de encaminar una guerra por una causa justa respecto a los movimientos de liberación nacional.

⁸ Vitoria retoma el pensamiento del emperador romano Agustino cuando establece que sólo una orden clara proviene de Dios, la cual es la única garantía, confiable, de la naturaleza justa de una guerra. (Vitoria, s.f., citado en Sloane, s.f.).

En este contexto, y en fundamento en el *ius ad bellum*, surge el Protocolo I (1977) que reconoce que los pueblos que luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, tienen derecho a ejercer su libre determinación, un derecho que reconocido para los *Estados*, en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados.

El Protocolo I, tiene otra peculiaridad debido a que en la Conferencia Diplomática de Ginebra, llevada a cabo entre 1974 a 1977, de manera controversial, fueron invitados movimientos de liberación nacional como el Congreso Nacional Africano, el Frente Nacional para la Liberación de Angola, el Frente para la Liberación de Mozambique, la Organización del pueblo de África del Sudoeste, la Organización de Liberación de Palestina, entre otros. Cassese (2008) relata que estos movimientos para la liberación nacional clamaron por la internacionalización de sus luchas, con el objetivo de adquirir una posición internacional que legitimara sus causas, la obtención del estatus de combatientes que los diferencia de distintos rebeldes, y que las leyes de las guerras internacionales, como los Convenios de Ginebra, implanten restricciones en los conflictos.

Precisamente en la Conferencia, se discutió la necesidad de que los Protocolos realicen una diferenciación entre una guerra justa o injusta (Chi-Lung Pi, citado en Cullen, 2010). Los países occidentales por su lado, quienes votaron en contra,⁹ sostuvieron que si se analizaba “sin pasión” la situación de los movimientos de liberación nacional no se diferenciaban de una guerra civil (Cassese, 2008). No obstante, con el apoyo de los países socialistas y *países del tercer mundo* (África, Latinoamérica, Asia, el Bloque soviético o los países de Europa del Este, China), lograron que se equivaleara las guerras de liberación nacional como conflictos internacionales.

Ahora bien, pese a que el derecho a hacer una guerra por una causa justa ha quedado relegado a circunstancias específicas, existen dos

⁹ El resultado de la votación fue 87 países a favor, uno en contra (Israel) y 11 abstenciones de países occidentales como el Reino Unido, los Estados Unidos, Canadá, Italia, Francia, España, Irlanda, Mónaco, Japón, Guatemala (Cassese, 2008)

situaciones en la Carta de la ONU (1945), que otorga un margen de aplicación, discreción, fundado en el derecho de hacer la guerra (*ius ad bellum*); así, cuando el Consejo de Seguridad determina la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión (lo cual implica la facultad de recurrir a la fuerza armada), y, cuando los Estados apelan a su “...derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva... (Carta de la ONU, 1945, art. 51).” en caso de ataque armado (Carta de la ONU, 1945, art).

En estas excepciones se evidencian causas que justifican realizar una guerra, aún para la *imposición* de la paz. En este razonamiento, parece necesario requerir causas y justificaciones, toda vez que en una intervención militar es necesario preguntar *para qué*, por ejemplo, para qué es necesario cierto nivel de *intensidad* en la fuerza, para qué finalidad es proporcional dicho operativo militar, en qué medida debe ser utilizada la capacidad de fuerza armada de un Estado (Sloane, s.f.).

Ahora, parece que estas análisis se somete a un filtro de subjetividad, y el *ius ad bellum* más allá de determinar si las causas de una guerra son *justas o no*, es relegado a una retórica del discurso político actual. La similitud con los tiempos de la Época Romana o de la Edad Media, en que el derecho de recurrir a una guerra surgía por un llamado divino, se evidencia en una forma de *institucionalización* de este llamado o *ius ad bellum*, el cual es acordado a través de las Naciones Unidas. Un ejemplo de ello, entre otros, es el apoyo del Consejo de Seguridad a la intervención de Estados Unidos en Afganistán, fundamentándose en su derecho a la *legítima defensa* (ONU, CS, Res. 1368, 2001). Ahora, en la línea de pensamiento de Vitoria, ¿se puede confiar que estos seres humanos interpreten de manera justa las causas por las cuáles se puede recurrir a la guerra?

Tanto el Protocolo I como el Protocolo II (1977), son los últimos instrumentos internacionales que han sido redactado en consenso y disenso de la comunidad internacional. Sin embargo, debido a la frecuencia e intensidad de los conflictos internos que se suscitan actualmente, los tribunales internacionales u organizaciones internacionales han desarrollado respuestas jurídicas al vacío jurídico (Sassòli y otros, s.f.). En el acápite a continuación se detalla de qué manera evoluciona el derecho internacional humanitario y qué actores son

protagonistas de esta plasmación.

1.5 Las nuevas guerras, la *Fórmula Tádic*

La Disciplina Augusta tiene el deber de participar en la humanidad del siglo.

Adriano, Emperador de Roma

Como se evidenció en el análisis del el Artículo 3 Común (1949) y del Protocolo II, la comunidad internacional evitó identificar elementos que caractericen un *conflicto armado que no sea de índole internacional*, siendo de esta manera, objetivamente complejo determinar la aplicabilidad de estos instrumentos. Este descuido por parte de la comunidad internacional, se manifestó en una grave consecuencia (Cullen, 2010). En el año 1992, Consejo de Seguridad (Res. 771, 1992) expresó su profunda alarma ante los continuos informes de violaciones del derecho internacional humanitario en el territorio de la ex República de Yugoslavia, y particularmente en Bosnia y Herzegovina. Se detallaron informes de deportación y expulsión forzosas y masivas de civiles, reclusión y maltrato de civiles en centros de detención, ataques deliberados contra no combatientes, hospitales y ambulancias, impedimentos a la entrega de suministros médicos alimentarios a la población civil, devastación y destrucción de bienes en forma indiscriminada (ONU, CS, Res. 771, 1992).

Ahora, si bien la violencia perpetrada en la Yugoslavia no era una novedad para la comunidad internacional, quiénes constituyeron los Tribunales de Nuremberg para juzgar crímenes de guerra, en contra de la paz y crímenes en contra de la humanidad (Agreement for the Prosecution, 1945), fue inquietante que estos rasgos de violencia puedan cometerse entre personas de un mismo barrio, ciudad y país. En efecto, las víctimas y los testigos de las ejecuciones, desapariciones y torturas masivas en Yugoslavia, identificaron a los perpetradores de los crímenes por ser conocidos de infancia, como el caso del señor Beganovic, quién fue torturado brutalmente por quién consideraba su amigo: los padres habrían celebrado su matrimonio en su casa (*Prosecutor v. Tadic*, 1997).

El caso *Tadic* (1997), sostiene que esta violencia se perpetuó en una situación de quebrantamiento estatal y de una histórica convergencia multiétnica.

Yugoslavia, luego de la segunda guerra mundial, fue constituida en seis *Repúblicas* o Estados Federales, así, en el año de 1991, sólo en el Estado federal de Bosnia y Herzegovina se contaba con una substancial población Serbia (31%), Croata (27%), y, una gran población Musulmana (44%). Además se relata cómo la desintegración de Yugoslavia en el año 1992, propulsó que las distintas nacionales buscasen su independencia. Para Bosnia y Herzegovina, la desintegración multiétnica implicó también el preludio de la guerra, los Croatas impulsaban la creación de una *Gran Croacia*, mientras los Serbios el de una *Gran Serbia*, para lo cual, conformaron un partido político con fuerza militar.

En este contexto, los Serbios consideraban a la población musulmana como un obstáculo (*Prosecutor v. Tadic*, 1997), en consecuencia, en Bosnia y Herzegovina, se implantó una política de terror: miles de no-Serbios, musulmanes y croatas de Bosnia fueron confinados en campos de concentración; hombres y mujeres fueron sujetos a severos maltratos, que incluía golpes, violaciones, abusos sexuales, torturas y ejecuciones; así como acosos, humillación y abuso psicológico (“The Gap in Prijedor”, s.f.). Ante estas atrocidades, y en la desintegración de una autoridad central, el Derecho Humanitario no ofrecía soluciones: para la aplicación del Protocolo I, ¿cómo y quién determinaba si alguna nacionalidad luchaba por causas de dominación colonial, ocupación extranjera o régimen racista?; o, si esta situación configuraría una guerra civil, el Protocolo II era insuficiente al ser un instrumento aplicable por una autoridad céntrica; de la misma forma, si bien el Artículo 3 Común establecía los límites básicos a los cuales deberían restringirse, cualquier parte en cualquier conflicto, necesita una fuerza coercitiva para implementarlo.

En consecuencia, el Consejo de Seguridad determinó que esta situación constituía una amenaza para la paz y la seguridad internacional, y como medida *ad hoc* era necesario un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las graves violaciones a los Convenios de Ginebra y otras violaciones al derecho internacional humanitario (Res. 827, 1993). Así, se configuró el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, que juzgó el primer caso de cómo un conflicto armado de carácter interno, puede contravenir las normas del derecho internacional (*Prosecutor v. Tadic*, 1997).

En el caso citado, Dusko Tadic fue acusado por asesinar, torturar e infligir

tratos humanos e inhumanos en base de una persecución política, racial o religiosa en Bosnia-Herzegovina, así por participar en la transferencia de civiles a campos de concentración. Estos actos realizados en un contexto de conflicto en contra de la población civil configuran crímenes en contra de la humanidad, de acorde al Estatuto del Tribunal Penal para Yugoslavia (1993 – 2009). Al respecto, la defensa de Tadic argumentó que el Tribunal no tenía competencia en razón de la materia para juzgar el caso, ya que no se configuraba un conflicto armado, ni interno o internacional, por lo que el Tribunal para Yugoslavia no podía juzgar los hechos que en la realidad *yugoslava*, y para los Serbios, implicaba una situación política de asumir la soberanía y el poder (*Prosecutor v. Tadic*, 1997).

El Tribunal Penal para Yugoslavia soluciona de una manera innovadora y completa al definir el conflicto armado de la siguiente manera:

Un conflicto armado existe en donde sea que se encamina la fuerza armada entre Estados o se prolonga violencia armada entre las autoridades del gobierno y grupos armados organizados o entre estos grupos dentro de un Estado. (Prosecutor v. Tadic, 1995)

Esta definición, conocida como *Fórmula Tadic*, es un salto en la evolución del Derecho Humanitario, ya que distingue qué elementos determinan un conflicto, y, la determinación de dos aspectos que lo caracterizan y lo diferencian de los *disturbios internos o insurgencias de poca hostilidad*: la intensidad y la organización de las partes. Con este umbral fáctico, es la jurisprudencia subsiguiente la que construye los precedentes que fijan qué instrumentos legales son aplicables en estos casos.

Así, respecto a la organización de las partes, en *Prosecutor v. Limaj, Bala, Musliu* (2005), consideró los siguientes elementos para reconocer que el nivel del Ejército para la Liberación de Kosovo (KLA, por sus siglas en inglés), era estable y efectivo:¹⁰

- Una estructura de comando, jerárquica, coordinaba operaciones militares

¹⁰ En el contexto de la disolución de Yugoslavia, Kosovo, un provincia autónoma localizada geográficamente dentro de la República de Serbia, a través de limitaciones políticas, económicas y sociales, fue reducida su autonomía por la República de Serbia al punto que el reclamo de autonomía por parte de Kosovo fue considerado *ilegal*. En base a estos hechos, se originan las Ejército de para la Liberación de Kosovo (Kosovo Liberation Army, KLA), considerado un grupo terrorista ilegal. La República de Serbia primero eliminó de su Constitución los poderes autónomos de Kosovo, adoptó medidas para despedir a los albanios-kosovos de las instituciones, la educación secundaria en el idioma *albanés*, fue velado de tal manera que los profesores y estudiantes tuvieron que organizar un sistema de educación paralelo en casas privadas. (*Prosecutor v. Limaj, Bala, Musliu*, 2005)

unificadamente.

- Esta estructura de comando, emitía declaraciones públicas a nombre de la organización.
- Reclutaban y equipaban a nuevos miembros, tenían la capacidad de suministrarse armas.
- Ciertos miembros de la Comandancia General del KLA, compuesto por 18 miembros, estuvieron involucrados en negociaciones con representantes de la Comunidad Europea ("Under Orders" 2001).

En este mismo contexto, en *Prosecutor v. Milosevic* (2004) se determinó que la falta de control sobre un territorio y la inexistencia de una autoridad civil en el KLA eran elementos innecesarios para la caracterizar un conflicto armado.

Ahora bien, respecto al criterio de *intensidad* para que se configure un conflicto, en *Prosecutor v. Limaj y otros* (2005), el Tribunal Penal para Yugoslavia consideró que el umbral de violencia se podía evidenciar por la gran movilización de las tropas del gobierno, por el tipo de armamento utilizado, la destrucción de la propiedad, el desplazamiento de la población local, la seriedad de los enfrentamientos, y, de ciertos hechos muy significativos como el secuestro por parte del KLA de 85 personas de nacionalidad serbia, de las cuales, 40 de aquéllas siguen aún desaparecidas.

El estudio del conflicto yugoslavo evidencia la dimensión de violencia de las nuevas guerras contemporáneas por un lado, como también comprueba que la *internacionalización* de los conflictos puede llevar a cabo soluciones jurídicas a los mismos, como lo demuestra la constitución del Tribunal Penal *ad hoc* y su jurisprudencia. Por otro lado, si bien los parámetros del Derecho Humanitario no son aplicables a estos nuevos conflictos, las garantías esbozadas en el Artículo 3 Común de los Convenios de Ginebra y en los Protocolos adicionales, son reforzadas en esta evolución jurídica. Por último, hay que destacar que las discusiones tradicionales en torno la soberanía de las naciones, y del *derecho* a hacer una guerra, todavía están presentes en los nuevos conflictos y toman un diferente alcance a medida que éstos se complejizan.

CAPÍTULO II

NUEVOS PROTAGONISTAS: ¿CIVILES DE DÍA, COMBATIENTES DE NOCHE?

"The people are like water and the army is like fish"

Mao Tse-tung

Imaginemos el siguiente escenario: se produce un levantamiento contra la autoridad, el gobierno responde con una cruenta represión, personas ordinarias se organizan y atacan con armas pequeñas, rifles y no se distinguen de los civiles; el gobierno contra-ataca con fuerza militar, milicia contratada, vehículos blindados y ataques aéreos; los medios internacionales lo denominan "guerra civil". Esta batalla se desarrolla en medio de localidades pobladas (McNaught, 2012).

De acuerdo con la fuerza armada de Estados Unidos ésta es una guerra irregular, *"una violenta lucha entre el Estado y actores no estatales por legitimidad e incidencia sobre una población"* (Field Manual, citado en Sperotto, 2009, p.19). Esta forma de conflicto es caracterizado por tres actividades principales: insurgencia, contra-insurgencia y la guerra no convencional, referente a la evasión de confrontaciones militares directas y en lugar, el uso de métodos indirectos como terrorismo para subvertir y agotar a los oponentes (Field Manual, citado en Sperotto, 2009, p.19).

En la guerra irregular, el mundo afronta diversos desafíos. *"Nuestra Nación ha estado en guerra con una red de violencia y de odio de gran alcance"* (National Security Strategy, 2010), declara la presidencia de Estados Unidos, en el compromiso de derrotar al-Qa'ida y sus afiliados, además, de enfrentar múltiples amenazas de parte de naciones, de actores no estatales y de Estados frustrados (National Security Strategy, 2010).

Un diferente desafío lo asumen países con guerras internas. Así, el Relator sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, de las Naciones Unidas (2012), señala que en Colombia se cometen homicidios por agentes de seguridad, guerrilleros y grupos armados ilegales; de estos homicidios, 3.000 pueden haber sido víctimas de ejecuciones extrajudiciales directamente atribuibles a las Fuerzas Armadas del Estado. Cuando en marzo de 2009, la Corte Penal Internacional emitió una orden de arresto contra el presidente de Sudán por la

comisión de crímenes en contra de la humanidad y crímenes de guerra (“Justice and Accountability”, 2008), entretanto, el vandalismo, pugnas entre grupos étnicos, enfrentamientos entre bandas armadas y fuerzas de gobierno continúan en Darfur, luego de casi una década de insurgencia en esta región de Sudán (“Violent clashes”, 2012), y una guerra entre el sur y el norte del país que estiman unas 2 millones de personas muertas.¹¹

Por otro lado en agosto de 2011, los disturbios internos en el Reino Unido escandalizaron al mundo, por cinco días aproximadamente 5000 personas, entre niños de 10 a 17 años y jóvenes de 18 a 24 años, destruyeron centros comerciales, almacenes de ropa, y cometieron crímenes como robos de objetos y asaltos a personas (“What we know”, 2011). *“Esto es un poco de lo que se viene de la revolución de siguiente nivel”*, declara uno de los manifestantes, mientras describe cómo los amotinados habrían quemado autos y la policía era incapaz de contenerlos (Carter, 2011, s.p.).

Claramente la naturaleza de la guerra ha cambiado, y el rol de los civiles es central en este cambio. Aparecen términos como “terroristas a medio tiempo”, “guerreros refugiados”, “refuerzos civiles” (Wenger y Mason, 2008). Esta ambigüedad resulta del ilustrativo ejemplo del dueño de una tienda de té en Sarajevo que manifiesta lo siguiente: *“Oh claro, en el día yo me siento y tomo un té con ellos” y su dinero, pero puedo salir hoy noche a matarles*” Wenger y Mason, 2008, p. 836).

Civiles de día, combatientes en la noche. En el campo de batalla, los civiles son víctimas de agresiones arbitrarias, y los militares gubernamentales, corren mayor riesgo de ser atacados por personas a quienes no pueden distinguir como combatientes (ICRC, Assembly, 2009). ¿Cómo se los distinguen? En los siguientes acápites se responde quiénes pueden ser considerados civiles, quiénes combatientes, y bajo qué condiciones la conducta de los civiles difumina su estatus de protección.

¹¹ Esta estadística está aún en debate y es un estimado de la guerra civil en Sudán en el periodo de 1983 a 2002 (Wenger y Mason, 2008)

2.1 Los principios del derecho internacional humanitario. ¿Se aplican en las nuevas guerras?

Para dilucidar quiénes son civiles y quiénes combatientes, primero hay que delimitar en qué tipo de conflicto se desarrolla el enfrentamiento, quiénes son los actores y bajo qué marco jurídico se establecen los límites de la guerra. Para ello, se tomará en cuenta, el estudio de los tipos de conflictos armados y las nuevas guerras,¹² contrarrestando los conflictos citados en el presente capítulo. Luego, se definirán los principio del Derecho Humanitario, distinción y su nexos con la *participación directa en hostilidades*, el principio de proporcionalidad y necesidad. Por último se contrarrestarán estos principios con las características asimétricas de estos conflictos, para determinar la posición de los civiles y combatientes, y la pertinencia del Derecho Humanitario.

2.1.1. Actores que protagonizan las nuevas guerras

Se expusieron tres ejemplos de conflictos contemporáneos, la guerra de Estados Unidos en contra de una *gran red de violencia*, los conflictos internos en Colombia y Sudán, y los disturbios internos en el Reino Unido.

En esta línea, en razón de la guerra contra de una *gran red de violencia*, a partir del ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001, en Estados Unidos, y los ataques en Bali, Mombasa y Djerba en el 2002, Riyadh y Casablanca en el 2003, en Madrid en el 2004, en Londres y Cairo en el 2005, por mencionar los ataques que han tenido mayor atención de los medios de comunicación; varios países en el mundo se han consolidado en una guerra en contra del terrorismo (GeiB, 2006). Su máxima se observa en la Resolución No. 1368 del Consejo de Seguridad en la que expone la decisión de “...combatir por todos los medios las amenazas a la paz y la seguridad internacionales creadas por actos de terrorismo...” (2001, s.p.).

En este tipo de guerra, al que se le ha denominado *conflicto transnacional*, los actores de este conflicto son un Estado o varios Estados en contra de uno o varios grupos armados, o un organismo internacional en contra de uno o varios grupos armados.

Por otro lado, se ejemplificó las guerras en Colombia y Sudán, y si bien los

¹² Ver, 1.1.1 Tipos de conflictos armados y 1.5 Estándar de conflicto armado. Las nuevas guerras como su origen

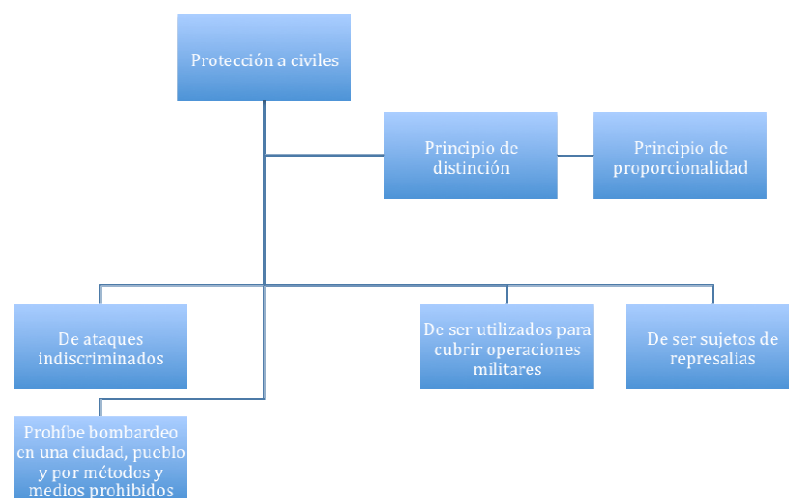
enfrentamientos que suceden en estos dos países, como fueron descritos, son distintos en cuanto a la intensidad de violencia existente, estos países comparten una característica, ambos gobiernos centrales afrontan un conflicto armado dentro de las características del Derecho Humanitario internacional. Se aplica la Fórmula Tadic, en ese aspecto, ya que en ambos casos existe un grupo organizado armado (o varios), violentos, que prolongan las hostilidades contra las autoridades del gobierno, o entre otros grupos organizados dentro de un Estado ((*Prosecutor v. Tadic*, 1995). Los actores en este tipo de conflictos, *lato sensu*, son el Estado en contra de uno o varios grupos armados.

Por último, en cuanto a los disturbios internos en el Reino Unido, ateniéndose a lo estipulado en el Artículo 3 Común, éstos podrían clasificarse como “motines” o “actos esporádicos”, por lo que no configuraría un conflicto armado. Los actores en estas circunstancias, son por un lado la fuerza pública del Estado y por otro lado, civiles.

2.1.2 Los principios del Derecho Humanitario pertinentes a las nuevas guerras

Ante los diversos conflictos y las distintas dinámicas de los actores en ellos, el Derecho Humanitario ha establecido principios para limitar los abusos de la guerra, esencialmente el principio de distinción y el principio de proporcionalidad.

GRÁFICO I PRINCIPIOS DIH, PROTECCIÓN A CIVILES



Fuente: Protocolo I y Protocolo II (1977)
Elaborado por: Gabriela León C.

El principio de distinción, por su lado, se origina desde una protección amplia, “...la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo...” (Declaración de San Petesburgo, 1868, preámbulo). A partir de allí, el principio de distinción se ha consolidado como una regla del derecho consuetudinario (ICRC, *Rule 1*). Esta Regla número uno del derecho consuetudinario dispone la prohibición de que los ataques sean dirigidos en contra de civiles, por cual, obliga a las partes de un conflicto, distinguirse como combatientes en todo momento. Además, se aplica en conflictos internacionales y no internacionales, como lo señala el Protocolo II (1977):

Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privadas de libertad, tienen derecho a que se respeten su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes. (art. 4.1, énfasis añadido)

Por otro lado, el Estatuto de Roma señala que la contravención de este principio es un crimen de guerra:

Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares (Art. 8 (2) (b) (ii))

Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados (Art. 8 (2) (b) (ii), énfasis añadido)

La *protección otorgada en arreglo al derecho internacional de los conflictos armados*, tiene conexión con lo subrayado en el Protocolo II (1977), en cuanto a la *participación directa en las hostilidades*, siendo ésta condición un *sine qua non* que determina si una persona es sujeto de protección en una guerra; es decir, si es un civil a quién hay que respetar y garantizar su vida, o, si la persona es un combatiente, *ergo*, un objetivo en la guerra a quién se puede privar la vida legítimamente. La Cruz Roja como organismo encargado del cumplimiento del *corpus iure* del DIH, propone que según las *actividades* que una persona realiza, durante las hostilidades, se podría juzgar su condición de civil o de combatiente (ICRC, Assembly, 2009):

- *Umbral del daño*: el acto debe afectar de manera negativa a la capacidad o

la operación militar de la otra parte del conflicto.

- *Causalidad directa*: debe existir un vínculo directo entre la actividad y el daño resultante de este acto.
- *Nexo beligerante*: esta actividad produciría efectos que contribuirían a una parte del conflicto en detrimento de la otra.

La Comisión Interamericana por su lado aclara que, actos como expresar simpatía por la causa de un grupo organizado, no prevenir una operación de un grupo organizado, vender bienes a estos grupos; estos no implican actos de violencia *per se*, o una inmediata amenaza a la parte contraria, en consecuencia, quiénes los realicen no participarían directamente en las hostilidades (CIDH, Colombia, 1999).

Ahora bien, también se puede analizar el *momento* en que una persona participa en las hostilidades. Al respecto, en la costumbre de la guerra se ha afianzado la noción de que la persona que ya no participa en las hostilidades debe ser protegida, lo que se denomina una persona *hors de combat* (ICRC, *Rule 47*). La prohibición de atacar a una persona *hors de combat*, es una regla antigua en las costumbres de las guerras, como se demuestra su tipificación en el *Código Lieber* (1963), siendo el primer intento de codificación de las leyes de la guerra, desarrollado durante la Guerra Civil de Estados Unidos. Ahora bien, la Regla (47), circunscribe las siguientes ocasiones en que una persona *hors de combat* debe ser protegida siempre y cuando, se abstenga de realizar actos hostiles y no intente escapar:

- Cualquiera que esté bajo el poder de una parte adversaria.
- Cualquiera que esté indefensa por encontrarse en un estado de inconciencia, de naufragio, herida o enferma.
- Cualquiera que claramente exprese su intención de rendirse.

Ahora bien, en el desarrollo jurisprudencial y doctrinal, se ha considerado otra perspectiva por la cual se podría verificar si una persona participa o no participa en las hostilidades, ésta es conocer su *conducta*. Así, en casos de conflictos armados prolongados, la Cruz Roja (Assembly, 2009) ha esbozado el concepto de un *combatiente continuo*, quién pese a realizar actividades de manera alternativa, asume una *duradera integración* en un grupo armado

organizado. La integración duradera se visibiliza en cuanto a la *función* de la persona dentro de este grupo, como puede ser la colaboración en la preparación, ejecución o comando de actos u operaciones.

Esta visión ha sido implementada por el Tribunal Penal para Yugoslavia, en *Prosecutor v. Blaskic* (2004), al resolver que se debe dispensar del análisis del momento en que una persona participa en la guerra, es decir, olvidarse de que existe un nominativo *casi combatientes*, (civiles de día, combatientes de noche); toda vez que una persona involucra su comportamiento, sus actos en favor de un grupo armado durante la guerra en general, es un combatiente, aún si no está en combate cuando es detenida.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad también es una regla de la costumbre del derecho internacional humanitario, y señala que está prohibido ejecutar un ataque del cual se puede esperar pérdida incidental de la vida de civiles, de sus bienes, o su combinación; toda vez que sea excesivo en relación a la directa y concreta ventaja militar anticipada (ICRC, *Rule 14*). La violación de esta regla de costumbre del derecho internacional humanitario, constituye un crimen de guerra, acorde a lo estipulado en el Estatuto de Roma:¹³

Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea; (Art. 8 (2) (b)(iv))

Ahora bien, en la práctica este principio se ha flexibilizado bajo los términos de la necesidad militar. Como lo expresa claramente Canadá (Manual Operaciones, 2001), el principio de proporcionalidad establece un vínculo entre el concepto de necesidad y de humanidad. Este principio, señala el Manual de Operaciones de Canadá (2001), implica que el daño colateral a los civiles que surge de una operación militar no debe ser *excesivo* en relación a la directa y concreta ventaja militar *anticipada* en dichas operaciones.

El Código de Lieber (1863) ya conceptualiza a la *necesidad militar* como todas las medidas indispensables para asegurar los fines de la guerra. Ahora, en

¹³ El Protocolo I señala la misma prohibición: *un ataque será suspendido o anulado si se advierte que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista; (art.57, numeral 1, literal b))*

esta línea de razonamiento, es inevitable preguntar, cuáles son los fines de una guerra. Si bien este cuestionamiento recuerda a la teoría del *ius ad bellum*, es indispensable conocer si una operación militar, es decir, la proporción de la fuerza a utilizar o los medios de guerra, son necesarios para determinado fin, toda vez que en las guerras contemporáneas, la distinción entre civiles y combatientes es cada vez más compleja, como se analiza a continuación.

Pese a que los países del mundo han reconocido e implementado los principios del Derecho Humanitario, como el principio de distinción y de proporcionalidad, en la práctica se demuestra que éste no se respeta. El concepto de necesidad militar con el que se mide la proporcionalidad de un ataque para los fines de la guerra o de la batalla, es un recurso que es utilizado por los Estados para justificar operativos controversiales. Así, se sostiene la posición del Departamento Militar de Estados Unidos frente a la aplicabilidad del DIH en la región del Golfo, al determinar que no es una obligación absoluta descartar un objetivo en dónde se pueda poner en peligro a civiles, y solamente se aplica cuando una opción es posible (US Practice, 1997).

De la misma manera, el departamento jurídico de la Fuerza de Defensa Israelí condonó ataques en la franja de Gaza, perpetrados en infraestructura civil, al argumentar que el grupo organizado Hamas estaría utilizando estas estructuras para atacar a civiles israelitas (Herby, 2009), *ergo* era una situación justificable para su necesidad militar. Herby, funcionario de la Cruz Roja constata que en esta batalla, el gobierno Israelí mató y lesionó a civiles, dañó infraestructura civil incluyendo una escuela que funcionaba de albergue para civiles de las Naciones Unidas (2009), lo que contravino el principio de distinción y de humanidad.

Los beligerantes no estatales, en un conflicto asimétrico recurren a métodos ilegítimos de guerra, ¿eso implica que los Estados también pueden hacerlo? ¿Se debería recurrir al *ius ad bellum* para responder para qué es necesaria un grado de fuerza militar o para qué es proporcional? O en palabras de Cassese (2008), ¿debería la comunidad internacional tomar una posición respecto a qué otras formas (métodos) la rebelión puede recurrir en contra de la tiranía?

Ahora, debido a que son los Estados los garantes de los derechos de las personas, y en este contexto han contraído compromisos con la comunidad

internacional, son los únicos a quienes se puede exigir el cumplimiento de los principios del Derecho Humanitario en la guerra. Como lo señala Sperotto (2009), militar y consejero legal en Afganistán, se puede exhortar el límite del uso de su fuerza a la proporcionalidad de un fin concreto, y fijar normas absolutas en donde no se ataque al enemigo en toda circunstancia en que la población civil esté presente, excepto en ocasiones de legítima defensa. Esto, indica Sperotto, es necesario para salvar vidas inocentes, y desde un punto de vista utilitario, rompe el consenso frente a los insurgentes, gana los corazones y las mentes de la población maltratada, y facilita que los soldados regresen a salvo a sus hogares.

2.1.3 Distinción de civiles y combatientes

Robin GieB (2006) arroja la pregunta neurálgica de los conflictos contemporáneos: ¿cómo el concepto de necesidad militar, comúnmente entendido para justificar el grado de fuerza necesaria para derrotar al enemigo, puede armonizarse en una constelación en donde una de las partes del conflicto está, desde el inicio, despojada de posibilidad alguna de ganar el conflicto militar?

La Biblia (17:4-23; 21:9), narra cómo el ejército israelí estaba aterrorizado por el gigante guerrero Goliat del ejército de los filisteos. Ningún soldado quería enfrentarse con el gigante, pero David, un pastor, acepta el reto y vence a Goliat con una piedra y una honda. La historia de David y Goliat demuestran qué tan antiguas son las guerras asimétricas, aunque, el día de hoy, la parte más débil o pequeña de la guerra no necesariamente gane las batallas, mucho menos las guerras (Pfner, 2005).

Pfner (2005) argumenta que históricamente toda guerra es asimétrica, así como nunca hay idénticos beligerantes. Explica que la asimetría puede variar en asimetría de poder, de medios, de métodos, de organización, de valores y de tiempo. Así como las guerras pueden ser asimétricas desde un nivel operacional (incluye artimañas, operaciones encubiertas, terrorismo etc.), desde un nivel estratégico militar (guerra de guerrillas, retaliaciones masivas, Blitzkrieg, etc.), y/o desde un nivel político estratégico (guerra moral o religiosa, pugna de culturas).

En estos niveles, el lado del gobierno es usualmente más organizado y tiene más potencia de fuego a su disposición que los actores no estatales (Pfner,

2005). En cambio, los beligerantes al ser la parte más débil del conflicto, pueden verse compelidos a desviarse de manera sistemática de los métodos convencionales de guerra (GeiB, 2006). Es decir, utilizan tácticas de guerra de guerrilla, escondiéndose en áreas montañosas, cuevas o facilidades subterráneas; asumen el rol de civiles o recurren a ataques terroristas para equilibrar la guerra en las pantallas de televisión del Estado más poderoso (Pfnner, 2005; GeiB, 2006).

Por otro lado, en conflictos asimétricos, se puede constatar que existe una muy compleja y dinámica relación entre civiles y combatientes, las élites armadas (del gobierno o de los grupos rebeldes), manipulan a los civiles para sus propios intereses, pero la respuesta de la población a su vez, influye en los patrones de violencia (Wenger y Mason, 2008). Si se recuerda que los civiles también pueden ser los perpetradores de hostilidades, dinámica relación que se visibiliza en el siguiente cuadro.

GRÁFICO II PARTICIPACIÓN DIRECTA EN HOSTILIDADES



El término *fuerza armada* se refiere tanto al a fuerza del Estado como de los grupos armados organizados.

Fuente: Regla 5 y Regla 3 (CICR)

Elaborado por: Gabriela León C.

Como se demuestra en el diagrama, la conducta de los civiles puede ser de reciprocidad con las fuerzas armadas, cuando existe una ausencia del Estado, refiriéndose a las instituciones estatales como una la función judicial o una institución policial presente en una zona, situación en la que los grupos sociales

se organizan o apoyan al “gran hombre” o a cualquier líder o grupo organizado por ser necesario para su supervivencia (Wenger y Mason, 2008).

La militarización de ciudadanos por parte del Estado es otra conducta por la que los civiles se involucran de manera directa en las hostilidades (Wenger y Mason, 2008). Esto sucedió en Colombia en el año 1965, que ante el surgimiento de grupos armados y grupos disidentes, se expidió el Decreto No. 3398 que determinó la militarización obligatoria:

...hombres y mujeres, no comprendidos en el llamamiento al servicio obligatorio, podrán ser utilizados por el Gobierno en actividades y trabajos con los cuales contribuyan al restablecimiento de la normalidad. (Decreto No. 3398, 1966)

Por último, respecto a las actividades críticamente relacionadas con las fuerzas armadas, hay que señalar que debido a la alta tecnología militar y a las múltiples funciones que empezaron a desempeñar los militares, existe una tendencia de recurrir a contratistas privados. Estas actividades pueden comprender servicios de logística o de consultoría en alta tecnología o entrenamiento, como también la dotación de personal especializado en habilidades de combate en misiones de defensa y ofensa (ICRC, Assembly, 2009). Esta situación no sólo complejiza la diferenciación entre civil y combatiente, sino que puede distorsionar la finalidad de la guerra. Definitivamente, los contratistas privados tienen el objeto de lucrar de las actividades que realizan, cuando la guerra se orienta a la consecución de la paz, el orden y la seguridad (Carta de la ONU, 1945). Además, cuando estos contratistas orientan la conducta militar estatal, este factor contribuye a debilitar la unidad en el comando militar (Wenger y Mason, 2008).

Respecto a la diferenciación entre civil y combatiente, la Declaración de Montreux, estipula que su estatus depende de la circunstancia o de las funciones que realiza el contratista privado en cada caso concreto (2008). Así que, de manera general gozan de protección como civiles, pero si participan en las hostilidades, se recomienda que se les adjudiquen el estatus de combatientes, es decir, en caso de que sean detenidos ejercerán el derecho a ser tratados como prisioneros de guerra (Declaración de Montreux, 2008).

Para todo esto, no hay que olvidar que en los conflictos asimétricos, tanto

por la gran capacidad de guerra de los Estados como por los métodos no convencionales de los grupos armados, los civiles siguen siendo las víctimas reales. Esta aseveración se evidencia, por ejemplo, en la intervención en Iraq, impulsada por Estados Unidos en una coalición con el Reino Unido, en una batalla sus fuerzas volaron más de 20.000 objetivos militares durante la cual sólo 1 aeronave de ala fija y 7 aeronaves, perdieron por ataque hostil (GeiB, 2006). En este conflicto asimétrico, desde marzo de 2003 a diciembre del año 2011, 162.000 personas han muerto, de las cuales 79% eran civiles ("Iraqi deaths", 2011).

2.2 Terrorismo

2.2.1 ¿Qué es el terrorismo?

*En pocas palabras,
las nuevas formas de criminalidad transnacional
son el efecto de una situación de general a-nomia,
en un mundo cada vez más integrado e interdependiente
y confiado a la ley salvaje del más fuerte...*

Luigi Ferrajoli, Criminalidad y globalización

La comunidad internacional mantiene un acuerdo tácito de la existencia del terrorismo, sin definirlo (ONU, OHCHR, No. 32). La primera noción aparece en el año 1970 en una resolución de las Naciones Unidas, en que exhorta a los Estados de abstenerse de *...organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado o de consentir actividades organizadas dentro de su territorio...* (ONU, Res. 26/25).

Las Naciones Unidas expide varias resoluciones en condena al terrorismo, impulsa la ratificación de instrumentos internacionales que lo prohíben, constituye un Comité en contra del Terrorismo (ONU, CS, Res. 1378, 2001), y si bien se ha llegado a vincular al terrorismo con otros tipos de crímenes, como *"los crecientes y peligrosos vínculos entre los grupos terroristas, los traficantes de drogas y sus bandas paramilitares"* (ONU, Res. 46/51, 1991), se limita a condenarlo:

...reafirma que todo acto de terrorismo es criminal e injustificable, independientemente de su motivación, del momento en que se cometa y de quién lo cometa; reafirma que el terrorismo no puede ni debe asociarse con ninguna religión, nacionalidad o grupo étnico; y reafirma que el terrorismo debe ser universalmente condenado de forma inequívoca... (ONU, CT, 2011)

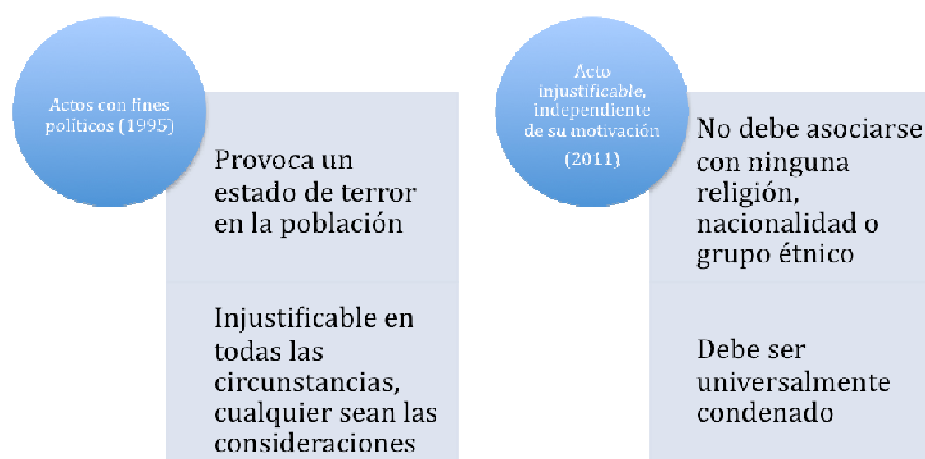
La Comisión Interamericana, por su lado, ha enfrentado casos de

terrorismo en América desde sus primeros períodos de funciones (1971-1981), así ha analizado, entre otros casos, en 1976, el bombardeo de la aerolínea “Cubana de Aviación” en Caracas, en 1994, el bombardeo de la Asociación Mutual Israelita Argentina en Buenos Aires, en 1996, la toma de rehenes en la Embajada de Japón en Lima, en 1999, el secuestro del avión Avianca desde la ruta de Bucaramanga a Bogotá en Colombia (Report on Terrorism, 2002).

Es así cómo describe que en varios países del Hemisferio *actos de violencia* han ocurrido con frecuencia alarmante. El terrorismo, se lo ha constatado, como un crimen masivo que tiende a crear un ambiente de inseguridad y ansiedad, con el pretexto de llevar a cabo un mayor grado de justicia social para las clases menos favorecidas (CIDH, Report on Terrorism, 2002).

Ahora bien, hay ciertos actos y aspectos concretos que pueden definirse como *terroristas*, como se visibiliza en dos diferentes momentos de las Naciones Unidas (Res. 49/60, 1995; CT, 2011) :

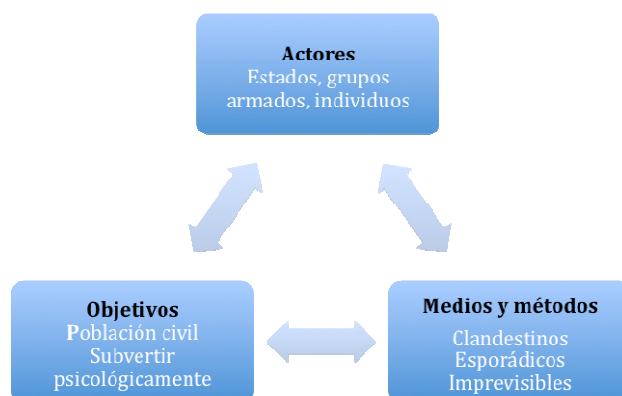
GRÁFICO III DEFINICIÓN DE TERRORISMO



Fuente: Naciones Unidas (Res. 49/60, 1995; CT, 2011)
Elaborado por: Gabriela León C.

La Comisión Interamericana, a su vez, ha establecido que los actos terroristas se destacan a partir de un análisis de los quiénes son los actores, los objetivos, y los medios y métodos (Report on Terrorism, 2002):

GRÁFICO IV CRITERIOS DE TERRORISMO



Fuente: CIDH, Report on Terrorism, (2002)
Elaborado por: Gabriela León C.

Respecto a los *individuos* como actores, se alude a los homicidios múltiples realizados por individuos sin nexo a ningún grupo armado organizado o una ideología específica o por grupos armados, como los que han sucedido en Estados Unidos, en que se ha evidenciado una tendencia a la comisión de asesinatos múltiples, perpetrados por individuos hacia la sociedad civil, generalmente en escuelas, centros comerciales, mercados entre otros, sin ningún motivo político (“Rampage Killeres”, 2000).

Los Estados como actores de actividades terroristas, o lo que se conoce como *terrorismo de Estado*, tiene una notable historia en América Latina, en dónde los gobiernos han incurrido en secuestros, desapariciones forzadas y otras violaciones de derechos humanos en contra de su propia población, muchas veces bajo el lema de luchar contra el terrorismo (CIDH, Report on Terrorism, 2002).

Ahora bien, la comisión de actos terroristas se vincula usualmente con grupos armados organizados, en los que se acentúa la clandestinidad en su operativo mas la visibilización de la violencia como fin, para obtener la atención del público. La publicidad es un medio característico para la explotación del temor, el terror, la intimidación y la subversión del orden público (CIDH, Report on Terrorism, 2002). Ejemplo de ello, fue la lucha armada de la organización Euskadi

eta askatasuna (ETA), que ha derivado su lucha en un “terror indiscriminado” (Yuste, s.f.), sólo en el año 1980 la mitad de las 91 víctimas fueron civiles (Yuste, s.f.).

Ahora, los actos terroristas tienen diferente alcance según el contexto político en que se ejecutan, y es que la concepción generalizada del terrorismo como infracción de delincuencia común, no debe ocultar la inscripción frecuente del terrorismo dentro de una estrategia política para conseguir un resultado determinado (Prieto, 1999). Las Naciones Unidas lo reconoció, en un primer momento, como un acto político (Res. 49/60, 1995), y justamente es su consideración política la razón de la falta de consenso internacional. ¿Necesariamente existe una vinculación política en un acto de terror? A continuación se analiza si el terrorismo se vincula con una ideología política, y de manera particular con los movimientos de liberación nacional y la *guerra mundial contra el terrorismo*.

2.2.2 Terrorismo, ¿una forma de insurgencia?

Los actos terroristas se hallan, de manera general, en pugnas políticas y en batallas asimétricas de poder. Por ejemplo, el surgimiento del Ejército Republicano Irlandés (IRA, por sus siglas en inglés) en reacción a la división que impone el gobierno británico de Irlanda del Norte con la República de Irlanda. Desde su constitución en 1969, el ejército IRA luchó por la libre determinación de Irlanda del Norte y la unificación de Irlanda; las actividades en su consecución incluyen asesinatos, secuestros, extorsión, robos, entre otros, implantación de bombas; éstos han sido dirigidos en contra de objetivos militares británicos y oficiales de este gobierno, como también en contra de civiles (Arthur y Cowell-Meyers, s.f.).

Ahora, en el contexto de una insurgencia en contra de la autoridad del Estado, es importante recalcar que el Protocolo I se origina del derecho de los movimientos de liberación de *luchar* por su libre determinación (1977). La Declaración Universal de los Derechos Humanos estipula que la rebelión es un *recurso supremo* del ser humano, “(c)onsiderando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;” (preámbulo, 1948).

En efecto, la rebelión es una esencia de la tradición liberal occidental, como lo demuestra la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de la revolución francesa (1789), al reconocer a la resistencia como un derecho natural e imprescriptible, y a su vez, la Declaración de independencia de Estados Unidos que explica lo siguiente:

...cuando una larga serie de abusos y usurpaciones, dirigida invariablemente al mismo objetivo, demuestra el designio de someter al pueblo a un despotismo absoluto, es su derecho, es su deber, derrocar ese gobierno y establecer nuevos resguardos para su futura seguridad.

Bajo este fundamento, países constitucionales reconocen a la rebelión como un derecho, así la República Federal de Alemania estipula que “(t)odo alemán tendrá derecho de resistencia (*Recht zum Widerstand*), cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia” (art. 24, numeral 14). Como también, la Constitución de la República del Ecuador al señalar que “(l)os individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos” (art. 98).

En el derecho internacional humanitario también es legítima la resistencia en una situación de dominación colonial, ocupación extranjera o régimen racista, y el desacuerdo actual sobre la definición de terrorismo ha surgido a causa de que ciertos países han considerado a los movimientos de liberación nacional y sus métodos asociados con el principio de libre determinación, *ergo*, no terroristas (ONU, Draft Convention, s.f.). No obstante, cualquier grupo de liberación nacional, para ser reconocido internacionalmente, debe someterse a un régimen de disciplina interna que haga cumplir las normas del derecho internacional humanitario de los conflictos armados (Protocolo I, 1977). En este sentido, cumplir la prohibición literal del Protocolo I “...(q)uedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil” (art. 51, numeral 2).

CAPÍTULO III

CASO PRÁCTICO: OPERACIÓN FÉNIX

*Desde una perspectiva constitucional,
la paz no debe ser entendida como la ausencia de conflictos
sino como la posibilidad de tramitarlos pacíficamente*

Corte Constitucional de Colombia, 1995

El 1 de marzo de 2008, las Fuerzas Armadas de Colombia ejecutan un ataque a un campamento de las FARC-EP en territorio ecuatoriano, en la localidad de Angostura, denominado Operación Fénix. En esta Operación mueren 25 personas, entre ellas, 6 civiles que se encontraban en el campamento, uno de los civiles era un ciudadano ecuatoriano, Franklin Aisalla Molina. Respecto a su muerte, el Estado ecuatoriano sostiene que fue víctima de una ejecución extrajudicial, razón por la cual, interpuso una demanda en contra de Colombia, en la que alegó la violación al derecho a la vida, en el contexto del conflicto interno colombiano.¹⁴

En el estudio de esta Operación se analiza las características de un conflicto interno de más de 40 años, la implementación del Derecho Humanitario respecto a este conflicto, y si la ejecución de esta Operación contraviene el Derecho Humanitario, a la luz de los derechos humanos. Este análisis se realiza desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, compuesto por la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, quienes han desarrollado los derechos humanos en la evolución de los tiempos, y, como se verifica en la revisión que estos órganos han hecho sobre la situación de Colombia, otorgan soluciones creativas, que complementan los derechos humanos protegidos en la Convención Americana, con instituciones de otros instrumentos internacionales, como el Estatuto de Roma.

3.1 Caracterización del conflicto armado interno en Colombia

Desde las décadas de los sesenta, setenta y ochenta, en Colombia surgieron las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia ("FARC-EP"), entre

¹⁴ El 11 de junio de 2009, el Estado ecuatoriano interpuso una comunicación interestatal en contra de Colombia en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

otros grupos armados organizados (CIDH, Compendio 2004-2007), como resultado de una histórica pugna entre el Partido Liberal y el Partido Conservador colombiano.¹⁵

En 1964, *"había más de 100 bandas activas, constituidas por grupos de campesinos armados que, más o menos organizadamente y desconociendo los acuerdos de paz entre las directivas oficiales de los partidos tradicionales, prolongaron la lucha bipartidista"* (CIDH, Colombia, 1999). El narcotráfico también empezó a incidir decisivamente en la vida nacional colombiana durante este período (CIDH, Colombia, 1999). En reacción a la violencia, el Estado colombiano declaró que *"la acción subversiva que propugnan los grupos extremistas para alterar el orden jurídico, requiere un esfuerzo coordinado de todos los órganos del poder público y de las fuerzas vivas de la Nación"* (Decreto No. 3398, 1966).

Consecuentemente, en 1965 y en 1968, Colombia resolvió la militarización de ciudadanos colombianos denominados *grupos de autodefensa* (Decreto No. 3398, 1966). En 1997 se consolidaron a nivel nacional como *Autodefensas Unidas de Colombia* o *Autodefensas de Colombia* (AUC). La decisión de crear una organización nacional de grupos paramilitares surgió de una conferencia de estos grupos que dio lugar a la preparación de un documento que reflejaba esa decisión. Ese documento, elaborado en la primera cumbre de grupos de autodefensa colombianos, afirmaba que los grupos paramilitares se unirían con el objetivo primordial de *combatir la subversión* (CIDH, Colombia, 1999). Las AUC se conformaron al amparo de la Fuerza Pública (CIDH, Compendio 2004-2007).

La situación de violencia en Colombia es claramente manifestada por la Comisión Interamericana en su visita en el año 1997:

Colombia se encuentra inmersa en una dramática espiral de violencia que afecta a todos los sectores de la sociedad, socava los cimientos mismos del Estado, y conmueve a la comunidad internacional por entero. El conflicto armado interno, el accionar de los grupos armados disidentes, de los agentes del Estado, de los grupos paramilitares, del narcotráfico y de la delincuencia organizada, con su secuela de violaciones a derechos fundamentales y al derecho internacional humanitario, son las principales fuentes de un cuadro de violencia que produce anualmente un lamentable número de muertes, incluyendo aproximadamente 3,000 vinculadas directamente a la violencia política, así como alrededor de ciento cincuenta mil desplazados al año, entre otros efectos igualmente trágicos. (párr. 11)

En este contexto, los grupos armados al margen de la ley, tanto guerrillas como paramilitares, han creado una confusa combinación de alianzas y de

¹⁵ La pugna entre estos dos partidos se intensificó en la década de los 50 en un período conocido como "La Violencia" (CIDH, 2007)

choques simultáneos con el narcotráfico y la Fuerza pública colombiana, en la comisión de graves violaciones de derechos humanos (CIDH, Compendio 2004-2007).

Las FARC-EP como parte de los grupos guerrilleros que se mantiene vigente,¹⁶ cometen graves abusos contra civiles, como asesinatos, amenazas, desplazamientos forzados, reclutamiento y uso de niños; utilizan minas antipersonales y otras armas indiscriminadas (Human Rights Watch, 2012). Por su lado, las AUC también han perpetrado graves violaciones de derechos humanos como masacres a civiles con la colaboración de agentes del Estado, los cuales han acarreado la responsabilidad internacional del Estado colombiano (CIDH, Compendio 2004-2007). Así, en el caso “19 Comerciantes” y en el caso de la “Masacre de la Rochela”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto la responsabilidad internacional de Colombia por haber actuado con “aquiescencia” respecto a estos actos. (*19 Comerciantes v. Colombia*, 2002; *Masacre de la Rochela v. Colombia*, 2007)

A mediados del año 2006, grupos armados, pero principalmente las AUC han participado en un proceso de *desmovilización*, así 31.760 miembros de la AUC han entregado las armas (CIDH, Informe, 2007). Sin embargo, las AUC restantes, y sus grupos sucesores continúan en participación con el narcotráfico, reclutan nuevos miembros, incluidos niños, cometen abusos generalizados contra civiles como asesinatos, violaciones sexuales y otras formas de violencia sexual, amenazas y desplazamientos forzados (Human Rights Watch, 2012).

Los ataques contra civiles son la marca del conflicto colombiano. Para el año 2011, se han registrado más de 27.000 casos de desaparición forzada cometidos en el curso de las hostilidades (“El conflicto que no cesa”, s.f.), 3.226.442 personas en condición de desplazamiento interno (*Marino López y Otros v. Colombia*, 2011), ante lo cual, la Corte Constitucional colombiana (2004) determinó que existe una violación masiva y reiterada de los derechos humanos de la población desplazada y que las fallas estructurales de las políticas del Estado son un factor central que contribuye a *un estado de cosas inconstitucional*. Por su lado el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) (2009), dictamina que ésta es la segunda cifra más alta de desplazados

¹⁶ Los demás grupos armados se desmovilizaron, excepto las FARC-EP y el ELN (CIDH, 2007).

en el mundo después de Sudán.

Así, enfrentamientos como el que sucedió en el municipio de Toribío, en julio de 2012, entre las fuerzas de seguridad del Estado y las FARC-EP, en que 14 civiles han resultado heridos, 400 se han visto obligados a desplazarse y más de 80 hogares han resultado dañados; son acontecimientos característicos en los más de 40 años de violencia de este país (“Civiles en peligro”, 2012). La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012), reporta la persistencia en ataques y agresiones contra defensoras y defensores de derechos humanos o líderes sociales, la desaparición de 62.745 personas (de las cuales 16.884 se presumen como desapariciones forzadas), 1.448 niños víctimas de reclutamiento por grupos armados, casos de violencia sexual atribuidos a miembros de la fuerza pública, entre otros crímenes, que se mantienen en impunidad.

Ahora bien, en Colombia las ejecuciones extrajudiciales se han cometido en un patrón particular. El Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de las Naciones Unidas (2010), en su conclusión luego de visitar a Colombia en una misión, justamente identifica un patrón de ejecuciones extrajudiciales denominado *falsos positivos*. Éste fenómeno, indica el Relator, son las ejecuciones ilegales de civiles manipuladas por las fuerzas de seguridad para que parezcan bajas legítimas de guerrilleros o delincuentes ocurridas en combate, que a partir del año 2004 comenzaron a ocurrir con una frecuencia “alarmante” (2010).

El patrón de comisión de las ejecuciones como *falsos positivos* tiene la siguiente manera de consecución:

- 1º) Las víctimas pueden ser *reclutadas*, *escogidas* o *secuestradas*.
 - a. Son reclutadas, cuando un *reclutador* pagado (un civil, un miembro desmovilizado de un grupo armado o un ex militar) atrae a las víctimas civiles a un lugar apartado engañándolas con un señuelo, por lo general la promesa de un trabajo.

- b. Son escogidas por informantes, que las señalan como guerrilleros o delincuentes a los militares, a menudo a cambio de una recompensa monetaria.
 - c. Son secuestradas, generalmente, por las fuerzas de seguridad, quiénes sacan a las víctimas de sus hogares o las recogen en el curso de una patrulla o de un control de carretera.
- 2º) Las víctimas son asesinadas por miembros de las fuerzas militares, a menudo pocos días u horas después de haber sido vistos por los familiares por última vez.
 - 3º) Las fuerzas militares realizan un montaje de la escena que puede entrañar, entre otras cosas, poner armas en manos de las víctimas; disparar armas de las manos de las víctimas; cambiar su ropa por indumentaria de combate u otras prendas asociadas con los guerrilleros; o calzarlas con botas de combate.
 - 4º) Las víctimas son presentadas por los militares y anunciadas a la prensa como guerrilleros o delincuentes abatidos en combate.
 - 5º) A menudo se entierra a las víctimas sin haberlas identificado, bajo nombre desconocido, y en algunos casos en fosas comunes.
 - 6º) Los familiares de las víctimas buscan con desesperación a sus seres queridos, a veces durante muchos meses. Cuando los miembros de la familia descubren lo sucedido y toman medidas para tratar de que se haga justicia, por ejemplo denunciando el caso a las autoridades o señalándolo a la prensa, suelen ser objeto de intimidaciones y amenazas y algunos de ellos han sido asesinados

El Relator de Ejecuciones Extrajudiciales, analiza los complejos factores que pueden explicar los asesinatos cometidos por los militares, como la presión para mostrar resultados en la batalla contra la guerrilla; o la obtención de *recompensas e incentivos*, como ascensos, medallas o tiempo para vacaciones (2010). Pese a esta reconocida práctica en la que participan de manera directa militares del ejército, el Relator no comprueba un vínculo inmediato con altos funcionarios del Estado, por lo que descarta que el fenómeno de los falsos positivos sea una política del Estado colombiano (2010).

Ahora, pese a ser una realidad concreta y perversa, el Estado colombiano no identifica el número de ejecuciones extrajudiciales, así el Ministerio de Defensa colombiana registró 1.391 casos de homicidios en combate, de los cuales no se conoce si fueron víctimas de ejecuciones extrajudiciales o no. En contraposición, las organizaciones civiles mantienen un registro, por ejemplo, el Banco de Datos de Derechos Humanos y Violencia Política del CINEP, registra que desde el año 2001 al 2011, han existido 1119 víctimas. Además, señala que las víctimas han padecido distinto tipo de violaciones de derechos humanos: 887 víctimas responden a ejecuciones extrajudiciales, 87 a torturas, 36 a heridos, 41 a amenazas individuales, 63 a desapariciones forzadas involuntarias y 214 a detenciones arbitrarias (CINEP, 2011).

3.2 Conflicto armado interno en Colombia, implementación del DIH

Colombia tiene una larga tradición constitucional, en la cual ha desarrollado el alcance de los derechos humanos, así como el tratamiento jurídico ante el conflicto armado interno. Esto se evidencia en el análisis que realiza la Corte Constitucional de Colombia sobre la constitucionalidad de la implementación del Protocolo II (1995), sobre lo cual estipula lo siguiente:

El Derecho Humanitario en manera alguna legitima la guerra. Lo que busca es garantizar que las partes en contienda adopten las medidas para proteger a la persona humana. Las normas humanitarias, lejos de legitimar la guerra, aparecen como una proyección de la búsqueda de la paz, que es en el constitucionalismo colombiano un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento, lo cual confiere nuevas bases constitucionales al Protocolo II. Esto obviamente no significa, como bien lo destaca el Ministerio Público, que las normas humanitarias sólo se puedan y deban aplicar en escenarios de una eventual negociación, pues ellas son obligatorias per se para las partes en un conflicto armado. Además, la aplicación del derecho internacional humanitario no menoscaba la responsabilidad del gobierno de mantener o restablecer el orden público, como lo precisa el artículo 3º del Protocolo II (s.p).

En esta línea, el Derecho Humanitario se ha implementado en casos de violación de derechos humanos que además alegan el incumplimiento de compromisos internacionales por parte de Colombia respecto al Artículo 3 Común y el Protocolo II.

En el año 2000, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve el caso *Las Palmeras vs. Colombia*, que trata sobre una operación armada en la que miembros de la fuerza armada colombiana habrían abierto fuego desde un helicóptero a civiles, y luego, habrían ejecutado extrajudicialmente al menos seis

personas. Además, los miembros de las fuerzas armadas, vistieron a los cadáveres con ropa de militares y los presentaron como subversivos muertos en un presunto enfrentamiento, siguiendo el patrón de los *falsos positivos*.

Este fue el primer caso en que la Comisión Interamericana solicitó a la Corte que declare la violación del Artículo 3 Común junto con la vulneración del derecho a la vida, consagrado en la Convención Americana (artículo 4). Para esta finalidad, se amparó en la Opinión Consultiva sobre La Legalidad de la Amenaza o Uso de Armas Nucleares (CIJ, 1996 citada en *Las Palmeras vs. Colombia*, 2000), en la que se delibera lo siguiente:

En principio, el derecho a no ser arbitrariamente privado de la vida se aplica también durante hostilidades. El examen de lo que es una privación arbitraria de la vida, sin embargo, debe ser determinado por la lex specialis aplicable, a saber, el derecho aplicable en un conflicto armado el cual está designado para regular la conducta durante las hostilidades. Así, si la pérdida de una vida particular por el uso de cierta arma en guerra, es considerada una privación arbitraria de la vida contraria al artículo 6 del Pacto, sólo puede ser decidido remitiéndose al derecho aplicable durante los conflictos armados y no por deducción de los términos de la Convención misma. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 240¹⁷

Con esto, la Comisión propone que en caso de conflicto armado en el que se deba resolver sobre la ejecución extrajudicial de una persona, los órganos de derechos humanos primero deberían determinar si la víctima *participaba de manera directa en las hostilidades*, para luego, considerar la vulneración del derecho a la vida; es decir, primero determinar si se ha vulnerado el Artículo 3 Común en un contexto de combate, para luego resolver la violación del instrumento de derechos humanos. De esta manera, sostiene que el Artículo 3 Común es una ley especial que debe ser implementada por la Corte Interamericana, sin embargo, la Corte consideró que admitir este planteamiento extralimitaba la competencia en razón de la materia (*Las Palmeras vs. Colombia*, 2000).

Pese a ello, la Comisión Interamericana sostiene que ante la existencia de un conflicto armado un enemigo puede ser muerto legítimamente, cuando en situaciones de paz y bajo el rigor de los derechos humanos esto está prohibido (*Las Palmeras vs. Colombia*, 2000). En esta línea, considera que Colombia tiene el derecho legítimo de reprimir a los enemigos del Estado, es decir a los insurgentes, no obstante, en condiciones que sean compatibles con el respeto de

¹⁷Traducción de la Secretaría de la CIDH al castellano

los derechos humanos. Este razonamiento de complementariedad se evidencia en el caso de *Arturo Ribón Avila*, y otros diez miembros del grupo organizado *Movimiento 19 de abril* (M19), respecto al cual, la Comisión reafirma que el Estado de Colombia tiene pleno derecho a defenderse contra las acciones violentas que se tomen en su contra, por ende, tomar acciones militares contra el M19, *quienes eran objetivos militares legítimos y estaban sujetos a un ataque directo individualizado hasta el momento de su rendición*.

De esta manera, cuando el M19 en el sur oriente de Bogotá, arrebató un camión de leche para repartirla y fueron intervenidos por miembros del ejército y de la policía, en un enfrentamiento que causó su muerte; la Comisión analizó si en los hechos de caso los miembros del M19, *murieron como resultado del combate*. Al determinar, por las pruebas periciales, que estaban en estado de indefensión, decidió la responsabilidad internacional de Colombia, por la violación al derecho a la vida a la luz del Artículo 3 Común (*Arturo Ribón Avila v. Colombia*, 1997).

En esta línea de implementación del DIH hacia las obligaciones de derechos humanos de Colombia, en el año 2011, la Comisión presenta un caso emblemático a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al sostener que una violación de derechos humanos en el contexto del conflicto armado interno colombiano puede constituir un crimen de lesa humanidad (*Marino López y Otros v. Colombia*, 2011).¹⁸

El caso sometido a conocimiento de la Corte IDH, hace referencia a la operación militar contrainsurgencia denominada *Génesis*, diseñada con el objetivo de combatir la presencia de las FARC-EP en la zona, ejecutado con el accionario de militares y coordinado simultáneamente con incursiones de las AUC y otros grupos paramilitares, en la cuenca del río Cacarica en el departamento del Chocó. En esta región, vivían 23 comunidades afrodescendientes que por varios meses, antes de la Operación Génesis, sufrieron actos de amenaza, ejecuciones extrajudiciales selectivas, desapariciones forzadas, restricción a la movilidad, desplazamientos, bloqueos económicos y de alimentos, en un contexto de apropiación colectiva de las tierras de las comunidades a través de esta estrategia de intimidación y violencia (*Marino López y Otros v. Colombia*, 2011).

¹⁸ Un crimen de lesa humanidad se entiende por un asesinato, entre otros crímenes, cuando se cometa como parte de un ataque sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque (Estatuto de Roma, art. 7 (1) (a))

Entre el 24 y el 27 de febrero, en ejecución de la *Operación Génesis* estas comunidades fueron afectadas por bombardeos aéreos y terrestres. En las comunidades, fueron víctimas de saqueos, destrucción de sus bienes, de actos de intimidación y amenazas, por parte de los grupos paramilitares. En este contexto, Marino López, una de las víctimas y supuesto guerrillero, fue asesinado en un acto de terror que ejemplificó la dimensión de violencia y odio: fue torturado, decapitado con un machete y descuartizado en presencia de miembros de la comunidad, luego simulaban jugar un partido de fútbol con su cabeza. Este acto resultó ejemplificador y precipitó el efecto de desplazamiento forzado masivo de diez mil personas de la comunidad y de la zona vecinal.

Por último, en el desplazamiento y en los campamentos de refugio, las personas estuvieron en condición de inhumanas y de hacinamiento, así como víctimas del asedio de paramilitares y situaciones de violencia en los campamentos de refugio. Pese a que el Estado apoyó su retorno a sus territorios, la zona seguía siendo insegura, y las comunidades todavía eran víctimas de asesinatos, violencia, e intimidación (*Marino López y Otros v. Colombia*, 2011).

Para conocer los hechos de *Marino López y Otros v. Colombia* (2011) conocer estos, la Comisión realizó una interpretación extensiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dada la naturaleza del caso en el contexto de un conflicto armado interno, argumentó que tanto el Artículo 3 Común (1949), como el Protocolo II (1977), conllevan deberes especiales de protección a la población civil. En razón de la ejecución de la *Operación Génesis*, determinó que por haberse realizado bombardeos de manera indiscriminada, se incumplió esta obligación de proteger a la a la población civil. En razón de la ejecución extrajudicial de Marino López, la CIDH observó que ésta fue cometida en un contexto de violencia sistemática contra los miembros de las comunidades afrodescendientes, por parte del Ejército estatal, lo cual además fue destinado a causar terror en la población, constituyéndose en un crimen de lesa humanidad.

Ahora bien, tomando en cuenta la grave situación derechos humanos en cuanto al desplazamiento interno, este caso registró un total de 3.226.442 víctimas, lo que visibiliza a esta situación como la mayor vulnerabilidad en el contexto armado colombiano, que la Comisión denominó “una catástrofe de orden

humanitario” (*Marino López y Otros v. Colombia*, 2011). Esto, sumado a los hechos del caso, en que se determinó un patrón sistemático de violencia en contra de comunidades afrodescendientes, la Comisión Interamericana concluye que se configura un traslado forzoso, *ergo*, un crimen de lesa humanidad, en fundamento en el Protocolo II (1977), que prohíbe de manera expresa ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que sea estrictamente necesario para su protección, por lo que el Estado debe adoptar conjuntamente condiciones satisfactorias de acogimiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación.

En contraste, la actitud política de Colombia es disonante, frente a este vasto espectro social y jurídico que demuestra la existencia de un conflicto armado en Colombia por casi medio siglo, solamente el actual periodo presidencial reconoce su existencia de un conflicto armado interno (“Nuevo Presidente”, s.f.). La *Operación Fénix*, que se narra a continuación, evidencia por otro lado, cómo Colombia lleva a cabo los operativos contra-insurgencia. Además, refleja cómo este tipo de conflictos puede involucrar una compleja dinámica interestatal, ya que se llevó a cabo en territorio del Ecuador, y a consecuencia de ello, Ecuador presentó una demanda internacional en que alega la violación del derecho internacional de los derechos humanos por parte de Colombia (*Ecuador v. Colombia*, 2010).

3.3 Operación Fénix

3.3.1 Desarrollo de la Operación Fénix

Como se ha relatado, la Operación Fénix consistió en un ataque a un campamento de las FARC-EP en territorio ecuatoriano, el 1 de marzo de 2008, ejecutado por las fuerzas armadas de Colombia. En este campamento se encontraba Luis Edgar Devia, alias “Raúl Reyes”, segundo al mando de las FARC-EP (“Así cayó”, 2008). El operativo involucró a tres Estados, en distintos horizontes: a Colombia, a Ecuador y a Estados Unidos. El Estado colombiano, por su lado, planificó éste operativo desde el año 2007 (“Así cayó”, 2008), liderado por la Policía Nacional de Colombia, ejecutado por la Fuerza Armada colombiana (“Golpe Mortal”, 2008), y, autorizado por el Presidente de Colombia (*Ecuador v. Colombia*, 2010).

Por otro lado, la Policía del Estado ecuatoriano participó en la configuración del operativo, junto con la Policía colombiana y funcionarios de la Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos (“CIA” por sus siglas en inglés). Al respecto, en *Ecuador v. Colombia* (2010), se relata cómo “(se) localizó a 5 miembros de la Policía de Ecuador que en enero del 2004 habrían colaborado con oficiales del Ejército colombiano en la captura de Ricardo Palmera, alias “Simón Trinidad” y entró en contacto con funcionarios de la Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos (“CIA” por sus siglas en inglés)” en Quito, Ecuador.” Así localizaron a Raúl Reyes, en un campamento de dos hectáreas, situado en la localidad de Angostura, en Ecuador, a 1850 metros de la frontera con Colombia (*Ecuador v. Colombia*, 2010).

La Operación Fénix se llevó a cabo en dos fases, un bombardeo por parte de dos aviones Súper Tucano de la Fuerza Aérea colombiana, y una fase de desembarco de tropas helicóptero transportadas por 18 hombres del Comando Jungla de la Policía colombiana, 20 soldados de las Fuerzas Especiales del Ejército y 8 especialistas de la Armada (*Ecuador v. Colombia*, 2010). La Operación comenzó desde las 00h20 horas (“Así cayó”, 2008), con un primer bombardeo, seguido por otro bombardeo a las 03h30 “...para evitar que los miembros de la guerrilla huyeran y se llevaran consigo a los muertos y heridos...” (*Ecuador v. Colombia*, 2010). La fuerza armada colombiana utilizó bombas GBU-12¹⁹ y ametralladoras emplazadas en helicópteros que brindaron seguridad al personal que realizó la infiltración (Noche y Niebla, 2008).

En razón del desarrollo de la Operación, pobladores cercanos al lugar de los hechos, declaran que “(l)os ataques siempre son por la noche y han dura(do) dos o tres horas, pero el del viernes fue por más de once horas, por lo que no podíamos salir de nuestras casas (...)” (“Las ráfagas”, 2008). En efecto, a las 11h00 del 1 de marzo de 2008, la fuerza armada de Colombia continuaba en el lugar del ataque, y tenían bajo custodia a tres sobrevivientes, a varios muertos y armamento (*Ecuador v. Colombia*, 2010).

Ahora bien, en el campamento de las FARC-EP las sobrevivientes testifican que se encontraban aproximadamente 50 personas (*Ecuador v. Colombia*, 2010), de las cuales 25 murieron, entre civiles y guerrilleros (incluido

¹⁹ Estas bombas, Guided Bomb Unit-12 (GB-12), Paveway II, son fabricadas para situaciones de guerra. Son guiadas por una tecnología de energía láser, lo que aumenta la efectividad respecto a ciertos objetivos. Tienen un grado de probabilidad de error de 9 metros circulares. (Global Security, s.f.)

Raúl Reyes), a causa del operativo.²⁰

Tres sobrevivientes, heridas, fueron abandonadas por los agentes colombianos, y en el lugar de los hechos se constató cadáveres, armamento y munición (presuntamente de las FARC-EP), y 10 cráteres provocados por el bombardeo. Entre los civiles figuran, cinco ciudadanos mexicanos, estudiantes en la Universidad Nacional Autónoma de México (ALDHU, 2008.), y el ciudadano ecuatoriano Franklin Aisalla Molina. En relación a la muerte de las personas en el campamento, el Estado ecuatoriano en la demanda en contra de Colombia, reveló la práctica de ejecuciones extrajudiciales a individuos que se encontraban en estado de indefensión, a través de un peritaje realizado por la Fiscalía General del Estado ecuatoriano, se confirmó que la causa de la muerte de estas personas fue producida por proyectiles de arma de fuego a corta distancia (2010).

Ahora bien, la mayor peculiaridad de la Operación Fénix, se centra en Franklin Aisalla, quién habría sido investigado tanto por la fuerza policial colombiana en el año 2003 (“Historia sin Fin”, 2008), así como por la fuerza ecuatoriana a través de organismos de inteligencia entre el año 2003 y el 2005, por posible contacto con las FARC-EP (*Ecuador v. Colombia*, 2010). Las investigaciones por parte de Ecuador cesaron en el año 2005.

El 1 de marzo de 2008, Franklin Aisalla se encontraba en el campamento de las FARC-EP durante la Operación Fénix, sin embargo, su cadáver fue llevado a Colombia y confundido por Guillermo Enrique Torres, alias alias ‘Julián Conrado’, ideólogo de las FARC-EP. En efecto, el Estado colombiano a través de un comunicado televisivo del Ministerio de Defensa, felicitó el resultado de la Operación por la *baja* de Raúl Reyes y de Julian Conrado (Colombia, Ministerio de Defensa, 2008) . No obstante, el 26 de marzo de 2008, el Director del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Colombia, confirmó la real identidad del cuerpo, perteneciente a Franklin Aisalla (*Ecuador v. Colombia*, 2010).

Ahora, cuando Franklin Aisalla fue repatriado al Ecuador, el Estado ecuatoriano complementó el peritaje, en que concluye que además de un disparo

²⁰ Ver, OEA, CIDH, Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador – Colombia, Informe de Admisibilidad, Informe No. 112/10, Petición Interestatal PI-02, 21 de octubre 2010, párr. 37

en el dorso que no habría sido letal, la causa de su muerte fue a consecuencia de golpes consecutivos en la zona occipital del cráneo, inflingidos por un agresor detrás de la víctima. En razón de lo cual, el Estado ecuatoriano sostiene que Franklin Aisalla fue víctima de una ejecución extrajudicial (*Ecuador v. Colombia*, 2010).

En este fundamento, el 11 de junio de 2011, el Estado ecuatoriano interpuso una comunicación interestatal ante la Comisión Interamericana, en contra del Estado colombiano por la violación del derecho a la vida, el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, como también el derecho a la integridad personal de sus familiares. Ahora, como la Operación Fénix se desarrolló en territorio ecuatoriano, el principal fundamento jurídico que sostiene esta demanda es que Colombia durante la ejecución de la Operación continuaba compelido a cumplir sus obligaciones internacionales, de derechos humanos, a través de la actuación de sus agentes estatales. Así, a continuación se analiza si las obligaciones de los instrumentos de derechos humanos rigen en una operación militar realizada en otro territorio.

3.3.2 Teoría de la jurisdicción extra-territorial

Una de las características importantes de la Operación Fénix, es que su ejecución fue realizada por un Estado en el territorio de otro Estado. Si bien esta situación no es *nueva* en la historia de la guerra, en el ámbito de los derechos humanos ha sido un tema en definición, y por ende, en construcción. La determinación de qué Estado es responsable ante una operación extraterritorial y cuál es el alcance de la responsabilidad, es un estudio que ha tomado las riendas los órganos del derecho internacional de los derechos humanos, y, sin duda, ha sido consolidado por la Comisión Interamericana en el caso de la Operación Fénix, como se verifica a continuación.

Ahora, qué se entiende cómo *jurisdicción*. La Corte Internacional de Justicia (*France v. Turkey*, 1927), señala que la *jurisdicción* en el derecho internacional público, de manera general se concibe como el ejercicio de poder de un Estado vinculado a su territorio. No obstante, señala que un Estado también puede ejercer su jurisdicción respecto a actos que suceden fuera de su territorio. Los instrumentos internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo, la Convención

Americana, indican que los Estados parte tienen la obligación de respetar los derechos de las personas que estén sometidas *bajo su jurisdicción*.²¹

Así, el Comité de Derechos Humanos en *López Burgos v. Uruguay* (1981), resuelve el primer caso de jurisdicción extra-territorialidad, cuando conoce los hechos del señor López Burgos detenido en Argentina por agentes uruguayos, quiénes lo secuestraron a Uruguay, y durante su captura le infligieron tratos inhumanos y degradantes. El Comité decide que a pesar de que las alegaciones sucedieron en territorio extranjero, fue perpetrado por agentes uruguayos, y que la obligación de los Estados vinculado con el término *jurisdicción*, contemplado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, implica *una relación entre el Estado y el individuo*, independientemente del territorio.

En esta línea de la responsabilidad internacional estatal frente a los compromisos contraídos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Comisión Interamericana justamente explica que esta obligación estatal debe ser analizado en cuanto a la *conducta* del Estado, más allá de su territorio, se configuraría un *locus extraterritorial* (*Coard y otros v. EEUU*, 1999):

Dado que los derechos individuales son inherentes simplemente en virtud de la humanidad de una persona, todos los Estados americanos están obligados a respaldar los derechos protegidos de cualquier persona sujeta a su jurisdicción. Si bien ello se refiere comúnmente a las personas que se hallan dentro del territorio de un Estado, en determinadas circunstancias puede referirse a la conducta con un locus extraterritorial, en que la persona está presente en el territorio de un Estado, pero está sujeta al control de otro Estado, por lo general a través de los actos de los agentes en el exterior de este último. (párr. 37, énfasis añadido)

A partir de esta noción, los órganos de derechos humanos han entendido a la jurisdicción, como el poder o *el control efectivo* que puede ejercer los Estados sobre una o varias personas fuera de su territorio, que se aplica a las personas sometidas al control de las fuerzas armadas de un Estado, independientemente de las circunstancias en las que ese poder o control eficaz se obtuvo, así, en operaciones encargadas para imponer o mantener la paz, y en situaciones de

²¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Artículo 2. "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social." (1976, énfasis añadido); Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (1969, énfasis añadido) Convenio para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Artículo 1. 1 Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio. (1970 – 2010, énfasis añadido)

conflicto armado, en donde las obligaciones de los derechos humanos se complementan con las derecho internacional humanitario (ONU, Observación General No. 29, 2004). La Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado (2004), reafirma que las obligaciones del Pacto se aplican a todos los territorios y poblaciones que estén bajo el control efectivo de un Estado.

En un análisis minucioso de la jurisdicción extra-territorial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en a su vez, ha desarrollado con minuciosidad el alcance de esta conducta *locus extritorial* o jurisdicción extra-territorial de un Estado en el marco del Convenio Europeo. Así, en *Bankovic and others v. Belgium and others* (2001), conoció el caso de un bombardeo aéreo ejecutado por la OTAN en Yugoslavia, en una operación militar que tuvo 24 objetivos atacados, y como resultado, uno de ellos un edificio en donde operaban tres canales de televisión y cuatro estaciones de radio. En este edificio, además, se encontraban civiles, 16 personas murieron y otras 16 fueron gravemente heridas, las cuales reclamaron ante el Tribunal que resuelva la ilegitimidad de la operación por vulnerar sus derechos.

Al respecto, el Tribunal razona que se debe mantener la esencia territorial del concepto de jurisdicción y en que sólo en casos excepcionales, los actos producidos por un Estado o sus efectos, fuera de su territorio constituye un ejercicio de jurisdicción en el marco de las obligaciones de derechos humanos. Un ejercicio de esta jurisdicción extra-territorial, explica el Tribunal, se configura en el ejercicio de un efectivo control sobre el territorio y los habitantes por parte de un Estado, que necesariamente ocurre cuando hay algún tipo de consentimiento, aquiescencia, o en todo caso, ocupación del gobierno del territorio ocupante. *No es una cuestión de causa y efecto*, no cualquier acto que se vincule a un Estado en cualquier parte del mundo, que afecte a una persona necesariamente recaiga en la jurisdicción en los términos de responsabilidad estatal por violación de derechos humanos (*Bankovic y otros v. Belgium y otros*, 2001).

El Tribunal desarrolla esta noción en *Ilascu y otros v. Moldavia y Rusia* (2004), al establecer que el ejercicio de la jurisdicción es una condición necesaria para hacer a un Estado responsable por los actos u omisiones que le sean imputables y que dieron lugar a una infracción de los derechos y libertades

protegidos. Como en los casos de jurisdicción extra-territorial, implica necesariamente la confrontación entre dos (o más) jurisdicciones estatales, el ejercicio de la jurisdicción se constata con la *conducta* de ambos Estados, es decir, en un análisis de *cómo fue efectivo el ejercicio de autoridad de un Estado*, y en contra parte, *cómo se limitó la jurisdicción del Estado en su territorio*.

Ahora, cuando se está frente a una ocupación militar, es más sencillo reconocer que el Estado ocupante realiza actos de jurisdicción, como en Chipre v. Turquía (2001), en que se constató en la ocupación de militar de Turquía con más de 30.000 miembros de la fuerza armada, que además estableció una administración estatal transitoria, que expedía regulaciones normativas sobre el territorio de Chipre. En cambio, respecto a los operativos militares realizados por los Estados en territorios extranjeros, el Tribunal considera elementos de cada caso concreto para determinar si un Estado en los operativos militares llega a tener control *total* del área, *ergo*, jurisdicción (Issa y otros v. Turquía, 2004).

En este sentido, en la demanda interestatal que presenta Ecuador por la Operación Fénix, ejecutada por fuerzas armadas colombianas en territorio ecuatoriano, la Comisión Interamericana asume la competencia en razón del lugar bajo la teoría de la jurisdicción extra-territorial, como una *decisiva* decisión:

Por ello, en la determinación de la jurisdicción resulta decisivo para la Comisión el ejercicio de autoridad sobre las personas por parte de agentes de un Estado aunque no se lleve a cabo en su territorio, sin que se exija necesariamente la existencia de una relación legal formal o estructurada y prolongada en el tiempo para vincular la responsabilidad de un Estado por hechos cometidos por sus agentes en el extranjero. Al momento de analizar el ámbito de jurisdicción de la Convención Americana, es necesario determinar si existe un nexo de causalidad entre la conducta extraterritorial de un Estado y la alegada violación de los derechos y libertades de una persona (Ecuador v. Colombia, 2010, párr. 99).

Considerando los hechos de la Operación Fénix, en que agentes del Estado colombiano permanecieron en el campamento bombardeado por alrededor de 11 horas, la Comisión resuelve que estos agentes ejercieron actos de autoridad frente a las personas sobrevivientes, y del lugar, al dispusieron de los cuerpos de las personas muertas (como lo hicieron con Raúl Reyes y Franklin Aisalla), así como de objetos los objetos encontrados (Ecuador v. Colombia, 2010). Siendo, estos actos de autoridad, el *nexo de causalidad* que configura la conducta extraterritorial del Estado colombiano. La CIDH entonces, resuelve que son *indicios suficientes* para concluir que Colombia ejerció jurisdicción territorial, y

por ende, la Comisión tiene competencia en razón de lugar para verificar si existe una violación de derechos protegidos por la Convención Americana (*Ecuador v. Colombia*, 2010).²²

3.4 Análisis. ¿Responsabilidad internacional de Colombia?

En Colombia hay un conflicto armado que data casi medio siglo, en una inminente vulneración de derechos, pese a ello, Colombia es un país que sobresale por su crecimiento económico, el consumo y la sofisticación (CICR, Informe, 2011). Esta contradicción fue enfatizada por la Corte Constitucional (2006), en que asume que si bien existe un desarrollo normativo y jurisprudencial progresivo en la protección de los derechos, hay una incoherencia en la capacidad institucional de *cumplir lo prometido, hay un estado de cosas inconstitucional*.

Este, *estado de cosas inconstitucional*, puede ser un factor por el que el conflicto interno colombiano tiene una tendencia de *internacionalizarse*. Se ha revisado que el reconocimiento político de beligerancia, la implementación del Artículo 3 Común y del Protocolo II, son altamente debatidas al cuestionar la soberanía de un Estado. En contraste, en Colombia se ha remitido de manera *armónica* las normas del Derecho Humanitario, como la asistencia de la Cruz Roja y la visita de los órganos internacionales de derechos humanos.

En la práctica, para considerar al conflicto colombiano hay que medirlo en balance de sus exigencias. Considerando por un lado, la obligación del Estado colombiano de garantizar la seguridad y el orden público en una sociedad, *ergo*, el derecho de aplacar a quiénes se rebelan contra la institucionalidad, y por otro lado, visibilizando la importancia del *proceder* en esta lucha, tan trascendental como el fin mismo, al ser éste el elemento esencial que determina la perpetuación de la violencia o su fin. Como lo ha establecido la Corte Constitucional colombiana, en este punto, el fin de un Estado constitucional es establecer medios pacíficos a una violencia de hecho.

De la misma manera, al analizar al conflicto interno de Colombia, se puede esbozar ciertos elementos estudiados, esto es, que es un conflicto interno que se

²² Hay que tener en cuenta que la Comisión ha resuelto la *admisibilidad* del caso, mas no la determinación de la violación de derechos, que lo resolverá en un *informe de fondo*.

derrama dentro de territorios vecinos, como el ecuatoriano (Pejic, 2011); así, dentro de Colombia, es una guerra asimétrica entre las fuerzas armadas y la institucionalidad del Estado frente a grupos armados disidentes, quiénes quebrantan las normas de las guerras, y para efectos de su aplicación, principalmente son quiénes *en el día* pueden ser cualquier civil que camina en la capital hacia su trabajo.

En este escenario, la Operación Fénix revela una compleja dinámica interestatal, demuestra la asimetría en las operaciones militares, y evidencia la compleja tarea de distinguir a los civiles de los combatientes. En el desarrollo de esta premisa, hay que entender que el involucramiento de Estado ecuatoriano en el conflicto se configura con el desplazamiento forzado de miles de personas. Así, así, desde el año 1999 hasta julio de 2012, el Ecuador registra a 158.109 solicitantes de refugio, de los cuales 55.876 han conseguido este estatus (MMRREE, 2012).

Con este antecedente, la Operación Fénix fue considerada por la Presidencia ecuatoriana como “(u)no de los más duros golpes a las relaciones binacionales y al proceso de integración regional del Ecuador...” (2012). A su vez, el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (2008), en relación a los hechos, constató que lo ocurrido constituyó una violación a la soberanía e integridad territorial del Ecuador y de los principios del derecho internacional, que fue conciliada con una declaración realizada por el Presidente Álvaro Uribe, quien pidió *disculpas* por haber vulnerado el territorio de Estado ecuatoriano (2008).

Ahora bien, de manera paralela, el Ecuador demanda a la Comisión Interamericana la violación de derechos humanos del ciudadano ecuatoriano Franklin Aisalla por la Operación Fénix, declarando lo siguiente:

...les pido que no veamos el desarrollo de esta audiencia como un enfrentamiento entre dos Estados americanos, cuando en realidad es únicamente el camino que debemos recorrer en busca del establecimiento de reglas y principios claros en defensa de la vida (...) ¿Es o no la vida un derecho fundamental del ser humano que debe proteger todo Estado ? (CIDH, Audiencia, Ecuador v. Colombia, 2010)

En la deliberación de la violación de derechos por la Operación Fénix, la Comisión Interamericana tendrá que responder las siguientes preguntas: ¿el campamento atacado era un objetivo militar? ¿Franklin Aisalla era un objetivo

militar? ¿hubo aquiescencia por parte del Estado ecuatoriano?

En un análisis de estos cuestionamientos, el campamento atacado en Angostura pertenecía a las FARC-EP, *ergo*, el campamento atacado era un objetivo militar. La Comisión Interamericana ha constatado al respecto que Colombia tiene el derecho de garantizar el orden público, y tomar acciones contra las acciones violentas que se tomen en su contra (*Arturo Ribón Avila v. Colombia*, 1997), además, en una comparación muy cercana, en *Abella vs. Argentina* (1997), se constató que en un combate el ataque a un cuartel militar, es un objetivo legítimo. En efecto, en el campamento de Angostura se encontraban enemigos de Colombia, quiénes tenían armas en su posesión. Estos criterios jurídicos y fácticos, constatan que este lugar era un objetivo militar legítimo.

Respecto a las personas que se encontraban en el campamento de las FARC-EP, la información de prensa apunta que las personas en el campamento estaban en pijamas y que fueron bombardeados mientras dormían (“Crisis diplomática”, 2008). Para determinar si eran o no objetivos legítimos, se puede tomar en cuenta el criterio esgrimido en *Prosecutor v. Blaskic* (2004), que señala que una persona que involucra su comportamiento en una integración a un grupo armado es un combatiente, *aún si no está en combate cuando es detenida*. Las personas que voluntariamente se encontraban en una unidad de las FARC-EP, en el campamento de Angostura, conocían el contexto de la guerra, en consecuencia, al *estar allí*, asumieron una parta en el conflicto. Pese a que no se tiene información específica de qué actividades realizaban en dicho campamento, siendo ya éste un objetivo legítimo, la vinculación de las personas en este tiempo/espacio con las FARC-EP, las convirtió en un objetivo legítimo.

Ahora, en cuánto al desarrollo de la Operación Fénix, ¿se desarrolló a través de medios proporcionales? La Operación Fénix se desarrolló a las 0h00 del 1 de marzo de 2008, se lanzó 10 bombas GBU-12, se ametralló a través de dos helicópteros y se dispuso que 46 miembros de la fuerza armada incursionen en el terreno, en contra de un campamento de 50 personas que contaba con municiones y armas. Según la información de prensa, el gobierno colombiano confirmó que no existían personas secuestradas en dicho campamento (“Abatido”, 2008). Tomando en cuenta además, que las bombas GBU-12 tienen la cualidad de ser precisas (Global Security, s.f.) se puede responder que el ataque se

planificó considerando que en el campamento sólo existían objetivos militares legítimos. Con estos elementos, la pregunta de la proporcionalidad del ataque nos remite a cuestionar su finalidad. Si la finalidad del gobierno colombiano era eliminar el objetivo militar en su totalidad, éstos medios justifican esta necesidad militar, ajustándose así a la normativa internacional

Ahora bien, en la consecución de la Operación Fénix, el Estado ecuatoriano sostiene que los cadáveres hallados en el campamento revelaron la práctica de ejecuciones extrajudiciales a individuos que se encontraban en estado de indefensión, al igual que Franklin Aisalla quién murió a causa de varios golpes inflingidos con fuerza (*Ecuador v. Colombia*, 2010). Si bien se ha señalado que las personas que se encontraban en el campamento, por su situación tiempo/espacio, eran un objetivo militar legítimo bajo el análisis de *Prosecutor v. Blaskic* (2004), en esta jurisprudencia también se resalta que un combatiente es parte de un grupo armado por su conducta, *aún si no está en combate cuando es detenida*. Toda ejecución sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, sin garantías judiciales *indispensables*, constituye un crimen de guerra (Estatuto de Roma, art. 8, (c), (iv)). Al respecto, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (1989), ha resuelto lo siguiente:

Los gobiernos prohibirán por ley todas las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias y velarán por que todas esas ejecuciones se tipifiquen como delitos en su derecho penal y sean sancionables con penas adecuadas que tengan en cuenta la gravedad de tales delitos. No podrán invocarse para justificar esas ejecuciones circunstancias excepcionales, como por ejemplo, el estado de guerra o de riesgo de guerra, la inestabilidad política interna ni ninguna otra emergencia pública. Esas ejecuciones no se llevarán a cabo en ninguna circunstancia, ni siquiera en situaciones de conflicto armado interno, abuso o uso ilegal de la fuerza por parte de un funcionario público o de otra persona que actúe con carácter oficial o de una persona que obre a instigación, o con el consentimiento o la aquiescencia de aquélla, ni tampoco en situaciones en las que la muerte se produzca en prisión. Esta prohibición prevalecerá sobre los decretos promulgados por la autoridad ejecutiva. (art. 1)

En ese sentido, las garantías del Artículo 3 Común (1949) y del Protocolo II (1977), determinan que todas las personas que no participan directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, serán tratadas con humanidad, será prohibido atentar contra su vida, será prohibido ordenar que no haya supervivientes. En consecuencia, si se determina que en el momento en que los combatientes se rindieron, fueron capturados o fueron heridos, es decir, se encontraban en un estado de indefensión, dejaron de participar en las hostilidades, eran civiles a quienes habría que garantizar un trato de humanidad,

esto es, respetar y garantizar su vida.

En consecuencia, si se comprueba que Franklin Aisalla como las demás personas que murieron en el campamento de Angostura, efectivamente murieron en una situación de *indefensión*, al haber estado bajo el poder de los agentes estatales, Colombia sería responsable internacionalmente por la violación al derecho a la vida a la luz del Derecho Humanitario.

CAPÍTULO IV ANÁLISIS, CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES

4.1. Análisis

En la historia de la humanidad la guerra es un elemento imprescindible, si este es un aspecto innato de nuestra condición humana o no, el derecho, que regula nuestras relaciones, debe ofrecer soluciones. Ahora la humanidad se enfrenta con nuevas formas de proceder en la guerra caracterizadas por realizarse al interior de los Estados, entre civiles, con la intervención de terceros Estados y sin una clara definición por el derecho internacional. Ejemplo de ello es el fenómeno del *terrorismo*, que sucede con mayor frecuencia, y respecto al cual, tanto los Estados como la comunidad internacional, optan por mantener su concepto en un estado de *vaguedad*, pese a que se realiza al interior de un Estado, a que operaciones multinacionales se conforman para combatirlo, y las Naciones Unidas alienta su combate. Es decir, el terrorismo es el fenómeno característico de las nuevas guerras actuales.

Ahora, más allá de las consecuencias políticas que otorga este silencio consensuado de la comunidad internacional, se puede visibilizar cuáles son los elementos que se enfrentan en estas nuevas guerras. Así, se manifiesta la proliferación de conflictos asimétricos, entre fuerzas estatales en contra de grupos organizados, en el que se evidencia un uso desproporcionado de la fuerza y los medios de combate en los operativos estatales por un lado, y por otro lado, el uso de tácticas no convencionales por los grupos armados. Hay que destacar que los estratagemas de los grupos armados evidencian un desesperado recurso de combate en actos de terror cometidos en contra de la población civil. Hay que constatar que estos actos constituyen un sistemático proceder en las nuevas guerras, que a partir de la guerra de guerrillas, ha tomado dimensiones dramáticas en el detrimento de los seres humanos.

Parece sombrío justificar estos *actos de terror*, como el *único recurso* que tienen los grupos disidentes en las guerras asimétricas, no obstante, no se puede escapar la pregunta de qué es lo que está causando este fenómeno. En el escenario de un gobierno despótico, totalitario, que vulnera sistemáticamente los derechos de los seres humanos, la rebelión es un derecho. Si las condiciones de la resistencia son dramáticas y la fuerza armada del estado es represor de

manera sanguinaria, ¿es justificable el terrorismo si es el último medio para defender la dignidad humana? Si bien este cuestionamiento tiene diferentes perspectivas, parece importante retomar el *ius ad bellum* para definir la legitimidad del proceder de la guerra.

En este mismo alcance, *ius ad bellum* también puede limitar los medios y métodos de guerra. Si la realidad actual nos presenta complejas situaciones de guerra, es imperante que se visibilice la finalidad de las mismas, y en razón de la *necesidad militar*, se cuestione si una operación es proporcional o no, es justificable o no. Así, por ejemplo, en la Operación Génesis que se llevó a cabo en las comunidades afrodescendientes colombianas, un análisis del contexto social y de cuál era el objetivo real y alcanzable en la Operación, podría evaluar su viabilidad frente a las vastas repercusiones que tuvo en la vida de personas *inocentes*. De la misma manera, sólo un análisis de la finalidad de las operaciones de intervención en la *guerra del terrorismo* puede detener un ciclo vicioso de violencia que parece imparable. Considerando que en toda guerra hay víctimas, es inminente confrontar el propósito de una intervención y la necesidad de un operativo militar.

Es *ius ad bellum* como parámetro de proceder en las guerras, es inminente para reafirmar los valores intrínsecos que también son innatos de la humanidad. Parece que en estas nuevas guerras se evidencia un clamor, por parte de las víctimas, de reafirmar lo *esencial*, esto es cada uno tiene derecho a vivir. Ante la constitución de grandes organismos de protección de derechos humanos, no se puede dejar de confrontar si éstos *realmente* cumplen con reafirmación los valores humanos. Asimismo, ante los convenios de guerra para garantizar un *trato humano*, no se puede dejar de constatar que las reglas son insuficientes, y que el establecimiento de normas equitativas como un *medio* no garantizan la equidad o la justicia de las guerras.

Ahora, adentrándose a la ejecución de los operativos militares, no hay que olvidarse que en ciertos momentos del combate se develan a *seres humanos* detrás de los uniformes militantes, en donde las causas por las que se encuentra en el escenario del combate, se desvanecen cuando se está al frente de un combatiente herido, enfermo, en una situación de indefensión. Los derechos humanos son un instrumento para el abuso del poder, y en estas circunstancias,

la asimetría de poder es absoluta: un combatiente tiene en sus manos la vida de la persona. Por tal razón, se compele a que la conducta ética del Estado, y en la actuación de sus agentes de fuerza como sus representantes.

Por último, cabe destacar la actuación de los tribunales penales especiales, los órganos de defensa de los derechos humanos, las organizaciones civiles, que palpan de manera cotidiana las atrocidades más graves de las guerras, y en diferentes labores, visibilizan esta realidad, declaran su condena, reprimen a los perpetradores, se solidarizan con las personas que no han decidido ser parte de la violencia. En ese sentido, la internacionalización de los conflictos tiene un matiz de humanidad, que además, a través de los medios de comunicación, se hace presente en los confines del mundo, la necesidad de tomar conciencia y una postura ante esta realidad.

4.2. Conclusiones

En la presente tesina se concluye que el mundo enfrenta nuevos fenómenos en las guerras. Ante esto, se constata que las reglas del Derecho Humanitario Internacional son insuficientes. Por otro lado, se visibiliza la necesidad de discutir las causas de las guerras, sobretodo para evaluar si se puede justificar su comisión, si los medios utilizados son proporcionales a los fines, y si el *daño colateral* cuantificado en la vida de los civiles, es realmente necesario.

Se concluye además que la internacionalización de los conflictos, a más de ser una tendencia inexorable del mundo moderno, es un acontecimiento positivo en el sentido de que reconoce que actos, omisiones, operaciones militares o de grupos armados que ocurren en lugares recónditos del mundo, estén bajo el escrutinio internacional. Bajo este paraguas, no sólo son los organismos internacionales parte de esta verificación, sino es cada uno parte de los conflictos actuales, así, el informarse, criticar, condenar o felicitar estas actuaciones contribuye en la democratización de los mismos.

4.3. Recomendaciones

- Se exhorta a la comunidad internacional definir conceptos como el terrorismo, para que su combate tenga fines concretos, medios proporcionales y una verificación del cumplimiento del derecho de la guerra.
- En razón de las nuevas guerras que afronta la comunidad internacional, se recomienda que se tome en consideración las causas de las guerras y las operaciones militares a fin de que se verifique la proporcionalidad en la perpetración de las mismas.
- En conflictos armados internos, en los que la asimetría es su característica, se alienta que los gobiernos respeten y garanticen los derechos fundamentales en complemento con las garantías mínimas que ofrece el derecho humanitario, específicamente las estipuladas en el Artículo 3 Común.
- Se alienta que se definan reglas de prohibición para ataques u operativos armados en donde los objetivos militares no se distinguen de la población civil.
- Se recomienda que la decisión de los gobiernos de llevar a cabo una guerra sea decidida por órganos democráticos como asambleas nacionales u otras instituciones, con la finalidad de que se debatan las causas que justifican una guerra.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

- Cassese, A. (2008). *The human dimension of international law*. Oxford University Press, New York. pág. 99 – 103, 111- 115, 121, 435
- Cullen, A. (2010), *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, p.7, p. 10, p. 25-27, p.31, p.56, p.57, p.99
- Hobbes, T. *El Leviatán* (1651). p. 72, 74, 327
- Khan, T. *Untold* (2010), p. 68
- La Sagrada Biblia, *Reina-Valera*, 1960, 25:34-36
- Plaza y Janés, (1998), en Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional, Derecho internacional humanitario*, Bogotá, noviembre de 2003, pág.17 y 21-22
- Prieto Sanjuán, R. (1999). *Terrorismo y derecho humanitario en caso de conflicto armado interno*, en Universidad Nacional de Colombia. *Guerra, Violencia y Terrorismo*, Bogotá, pág. 115
- Valencia Villa, H., ABC del Derecho Internacional Humanitario, *Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo I*, en Instituto de Derechos Humanos, San José
- Valencia Villa, A. (1864,22 Agosto) *La Humanización de la Guerra, Derecho internacional humanitario y conflicto armado en Colombia*, pág. 18
- Yourcenar, M. *Memorias de Adriano* (1974). p. 94 - 95

Artículos

- ALDHU. (2008). Asociación Latinoamericana para los Derechos Humanos. *Informe sobre Invasión Colombiana en Territorio Ecuatoriano y Violación del Derechos Humanitario Internacional*
- Boelaert-Suominen, (2010), en Cullen, Anthony, *The Concept of Non-International Armed Conflict in International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, p. 119
- Bugnion, Fr. (2004, 28 Oct.) *Jus ad Bellum, Jus in Bello and Non-International armed conflicts. Yearbook of International Humanitarian Law*, pag.5
- CICR (2012). *Situación Humanitaria Informe de Actividades Colombia 2011*
- CINEP, Noche y Niebla (2008,En-Jun). Banco de datos de Derechos Humanos y Violencia Política –CINEP, *Panorama de Derechos Humanos y Violencia*

- CINEP (2011). *Urgente informe especial del Cinep- incremento de "falsos positivos"*
- Civiles en peligro mientras se intensifican los combates (2012). *Amnistía Internacional*. Acción Urgente, Colombia. Extraído: agosto, 2012.
Disponible en:
<http://www.amnesty.org/es/library/asset/AMR23/026/2012/es/b6dc0caf-81ce-408b-b8d7-8226631fa073/amr230262012es.html>
- El conflicto que no cesa (s.f.), *Amnistía Internacional*. Extraído en: agosto 2012.
Disponible en: <http://www.es.amnesty.org/paises/colombia/el-conflicto-que-no-cesa/>
- Ferrajoli, L. Criminalidad y globalización, en Carbonell, M. Vázquez, R. (2009) (Compiladores) *Globalización y Derecho*, Quito. Ecuador. p. 145
- GeiB, R., (2006, Dec). *International Review of the Red Cross*, Asymmetric conflict structures, , volume 88, No. 864, p. 766
- Goldman , R. (1994). Derecho Internacional Humanitario y Actores no Gubernamentales, en Instituto Internacional de Derechos Humanos, *Estudios Básicos de Derechos Humanos Tomo I*, p. 92 , 93 , 94 , 98 y 112, San José, Edición Prometeo S.A.
- Guided Bomb Unit-12 (GB-12), Paveway II (s.f) Global Security. Extraído: agosto 2012. Disponible en:
<http://www.globalsecurity.org/military/systems/munitions/gbu-12.htm>
- Hopkins,J. M.,(2010,Jun.) Regulating the conduct of urban warfar: lessons from contemporary asymmetric armed conflicts, *International Review of the Red Cross*, volumen 92, No. 878, pág. 470
- Human Rights Watch (2012). *Colombia*, Resumen de país
- ICRC, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Sandoz, Y. , Swinarski, C. Y Zimmermann, B. (Eds.). (1987). Yves SANDOZ - Christophe SWINARSKI -Bruno ZIMMERMANN
- ICRC, Assembly of the International Committee of the Red Cross (2009). Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law, en *International Review of the Red Cross* (2008). Reports and Documents, Volume 90, No. 878, , p. 993, p.1016
- Kolb, R. (1997) Origen de la pareja terminológica ius ad bellum / ius in bello, *Revista Internacional de la Cruz Roja*
- Pejic, J. (2011). The protective scope of common article 3: more than meets the eye, *International Review of the Red Cross*, Volume 93, number 881 , 193 – 196

Pfanner, T. (2005). Asymmetrical warfare from the perspective of humanitarian law and humanitarian action. *International Review of the Red Cross*. Volume 87 No. 857, March 2005, p. 151, 153, 154

Sloane, R. D. The Cost of Conflation: Preserving the Dualism of Jus ad Bellum and Jus in Bello in the Contemporary Law of War, *The Yale Journal of International Law*, Vol. 34: 47, pág. 58 - 60, 69

Sperotto, F. *Counter-Insurgency, Human Rights and the Law of Armed Conflict*, en Center for the Human Rights and Humanitarian Law at the American University Washington College of Law, *The Human Rights Brief*, volume 17, Washington D.C., 2009, pág. 19

Structure and Strategy of the KLA, (2001,Oct), *Human Rights Watch*, Extraído: febrero 2012, Disponible en: <http://www.kosovo.net/kla6.html>

Wenger, A. y Mason, S. J. A. (2008). The civilianization of armed conflict: trends and implications. *International Review of the Red Cross*, Volume 90, No. 872, p. 843

Tracy, J. (2009). Detention and Prosecution of Alleged Terrorists and Combatants, Center for the Human Rights and Humanitarian Law at the American University Washington College of Law, *The Human Rights Brief*, volume 17, Washington D.C., pág. 15

Conferencias

Goldman Robert & Parks Hays, spring 2010, *International Humanitarian Law, International Humanitarian Law in Armed Conflict*, American University, Washington College of Law

Instrumentos internacionales

I. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. (1949)

II. Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. (1949)

III. Convenio de Ginebra relativo al trato a los prisioneros de guerra. (1949)

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal (1945), Londres, preámbulo y art. 6

Declaración de San Petesburgo (1868)

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994)

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998)

ICRC, Customary IHL, *Rule 1*. The Principle of Distinction between Civilians and

Combatants

ICRC, Customary IHL. *Rule 5*. Definition of Civilians

ICRC, Customary IHL. *Rule 14*, Proportionality in Attack

ICRC, Customary IHL. *Rule 47*. Attacks against Persons Hors de Combat

ICRC. The Montreux Document (2008)

Lieber Code. Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field (1863)

The Nyon Agreement (1937)

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) (1977)

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (1977)

Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. (2009)

Legislación Nacional

Constitución de la República del Ecuador

Legislación Internacional

Ley Fundamental para la República Federal de Alemania

Presidencia de la República de Colombia (1966). Decreto Legislativo No. 3398

U.S. Army, *Field Manual FM-3.0* (operations) (2008)

The White House, President of the United States, *National Security Strategy*, Washington, may 2010

Resoluciones

OEA, CIDH, (1997). *Juan Carlos Abella vs. Argentina*, Informe No. 55/97, caso 11.137

OEA, CIDH. (1999). *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia*

OEA, IACHR (2002). *Report on Terrorism and Human Rights*

- OEA, CIDH, (2007). *Seguimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al proceso de desmovilización de las AUC en Colombia*, Compendio de documentos publicados (2004 – 2007)
- OEA, CIDH (2010). *Franklin Guillermo Aisalla Molina, Ecuador v. Colombia*, Informe de Admisibilidad, Informe No. 112/10, Petición Interestatal PI-02
- OEA, CIDH. (2011) *Sobre la Situación de los Detenidos de la Bahía de Guantánamo v. Estados Unidos*. Resolución No. 2/11, Medidas Cautelares 259-02
- OEA, CIDH. (2011) *Caso Marino López y Otros – Operación Génesis v. Colombia*. Sometimiento del caso a la jurisdicción de la Corte IDH
- ONU, ACNUR (2009), *Global Trends, Asylum- Seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons* (2008)
- ONU, Ad Hoc Committee. Draft Comprehensive Convention on International Terrorism, *under negotiation*
- ONU, Carta de las Naciones Unidas (1945)
- ONU, Comité de los Derechos Humanos (2004). La índole de la obligación jurídica general impuesta. Observación General No. 31
- ONU, Consejo de Seguridad. Comité contra el Terrorismo (2011). Documento Final
- ONU, Asamblea General. Resolución No. 3103 (1973)
- ONU, Consejo de Seguridad. Resolución No. 771. (1992)
- ONU, Consejo de Seguridad. Resolución No. 827 (1993)
- ONU, Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, Resolución No. 955 (1994)
- ONU, Consejo de Seguridad. Resolución No.1368 (2001)
- ONU, Consejo de Seguridad. Resolución No. 1373 (2001)
- ONU, Consejo de Seguridad. Resolución No. 1701, (2006)
- ONU, Consejo de Seguridad. Resolución No.1973 (2011)
- ONU, Asamblea General. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
- ONU, Asamblea General. Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. Resolución 26/25 (1970)
- ONU, Asamblea General de las Naciones Unidas. Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados. Resolución No. 3102. (1973)

- ONU, Asamblea General. Principios básicos de la condición jurídica de los combatientes que luchan contra la dominación colonial y foránea y contra los regímenes racistas. Resolución No. 3103. (1973)
- ONU, Asamblea General. Medidas para eliminar el terrorismo internacional. Resolución No. 46/51 (1991)
- ONU, Asamblea General. Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional. Resolución No. 49/60 de la (1995)
- ONU, Asamblea General. Heyns, C. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (2012)
- ONU, Minimum Humanitarian Standards. Analytical Report of the Secretary-General Submitted pursuant to Commission on Human Rights. Resolution No. 1997/21 (1998)
- ONU, OACDH. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias (1989)
- ONU, OACDH. Alston, P. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias (2010)

Jurisprudencia

- Corte Constitucional de Colombia (2004). Sentencia T-025-2004
- Corte Constitucional de Colombia. (1995). Sentencia No. C-225/95
- Corte Internacional de Justicia. (27 de junio de 1986). Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua, *Nicaragua contra los Estados Unidos de Norteamérica*
- Corte Internacional de Justicia, (1969) *North Sea Continental Shelf cases*
Permanent Court of International Justice (1927) *The Case the S.S. Lotus. France v. Turkey*
- Corte Internacional de Justicia (2004). Opinión Consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado
- Corte Suprema de los Estados Unidos. (2006—2006). *Hamdan v. Rumsfeld*
- Corte IDH (2002). *Caso de los 19 Comerciantes v. Colombia*
- Corte IDH (2007). *Caso de la Masacre de la Rochela v. Colombia*
- Corte IDH (2000). *Las Palmeras v. Colombia*
- ICTY (1994 -1997). *The Prosecutor v. Tadic*
- ICTY (1997- 2004). *The Prosecutor v. Blaskic*

ICTR. *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (1998)

TEDH (2012). *Damayev v. Russia*

TEDH (2004). *Ilascu y otros v. Moldavia y Rusia*

TEDH (2004). *Issa y otros v. Turquía*

TEDH (2001, *admisibilidad*). *Bankovic y otros v. Bélgica y otros*

Noticias

A View of Rampage Killers Across the Country, *The New York Times*, Extraído: agosto 2012. Disponible en:

<http://partners.nytimes.com/library/national/040900shoot-map.html>

Así cayó 'Raúl Reyes' (2008, marzo) *Revista Cambio*, Edición 766, p.29, 31

Assad tells Annan 'terrorists' block solution, Former UN chief visits Syria as attacks continue, while Russia and Arab nations agree in Cairo on need to halt violence, (agosto, 2012), *Al Jazeera*, último acceso: agosto 2012

<http://www.aljazeera.com/news/middleeast/2012/03/2012310133611307206.html>

Carter, H. (2011) Rioter profile: 'this is some next-level revolution coming', *The Guardian*. Extraído: agosto 2012. Disponible en:

<http://www.guardian.co.uk/uk/2011/dec/05/english-rioter-profile-liverpool-revolution>

Conferencia de Nyon, (1937,14 Spt), *Diario ABC*, acceso: abril 2012 , disponible en:

<http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1937/09/14/007.html>

Cooper, H. y Lee Myers, S. (2011, March 18). Obama Takes Hard Line With Libya After Shift by Clinton. *The New York Times* . Extraído : Julio 2012, disponible en:

http://www.nytimes.com/2011/03/19/world/africa/19policy.html?_r=1&page_wanted=all

Crisis diplomática tras el abatimiento de 'Raúl Reyes' (2008, Marz). *El Nuevo Siglo*. Pág. A9

Data journalism reading the riots: what we know. And what we don't. (2011). *The Guardian*. Extraído: agosto, 2012. Disponible en:

<http://www.guardian.co.uk/news/datablog/2011/dec/09/data-journalism-reading-riots>

De los 18 países que participaron, se desplegó 13.000 combatientes, 8.000 de Estados Unidos. (s.f.). *The Guardian*. Extraído: julio 2012

<http://www.guardian.co.uk/news/datablog/2011/may/22/nato-libya-data-journalism-operations-country>

ETA (s.f.). *El País*. Extraído: julio, 2012. Disponible en:
<http://www.elpais.com/especial/eta/historia.html>

Golpe Mortal (2008, Marzo). *Revista Semana*, No.1348, Pág.4

Gritten, D. Key figures in Libya's rebel council (2011), *BBC Londres*. Extraído: agosto 2012, disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-12698562>

Historia sin Fin (2008, 27 Marz-2 Abril). *Revista Cambio*. Ed. 769. Pág.34

Irish Republican Army (IRA). *Encyclopedia Britannica*. Extraído: agosto 2012. Disponible en: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/294148/Irish-Republican-Army-IRA>

Justice and Accountability, *Save Darfur*. Extraído: agosto 2012, Disponible en: <http://www.savedarfur.org/pages/justice>

Iraqi deaths from violence 2003–2011. *Iraq Body Count*. Extraído: agosto 2012, Disponible en: <http://www.iraqbodycount.org/analysis/numbers/2011/>

Libya: Muammar Gaddafi subject to ICC arrest warrant. *BBC News*. Extraído: agosto 2012. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-13927208>

Libya on the Line: An interactive timeline, Browse through a collection of conversations between Gaddafi, Saif al-Islam and other senior Libyan officials. (2012, May 11). *Al Jazeera*. Extraído en Julio del 2012. Disponible en: <http://www.aljazeera.com/indepth/spotlight/libyaontheline/2012/05/201251173614897923.html>

Libya: Surrender Saif al-Islam Gaddafi to ICC, Ensure Humane Treatment in Custody. (2011,19 Nov). *Human Rights Watch*. Extraído: agosto 2012. Disponible en: <http://www.hrw.org/news/2011/11/19/libya-surrender-saif-al-islam-gaddafi-icc>

Ministerio de Defensa Colombia (2008, marzo). Comunicado N. 080. Extraído: agosto 2012. Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/comunicados/2008/marzo/80.html>

Muammar Gaddafi killed as Sirte falls (2011, Oct). *Al Jazeera*. Extraído: agosto 2012. Disponible en: <http://www.aljazeera.com/news/africa/2011/10/20111020111520869621.html>

McNaught A. (2012) Syrian rebeles strengthen hold on Aleppo, *Al Jazeera*, último acceso: agosto 2012, Disponible en: <http://aje.me/MVdVnC>

OEA, CIDH (1997). Comunicado de Prensa N° 20/97

Piven,B. (2011). Map: NATO attacks on Libyan cities. *Al Jazeera*. Extraído: Julio 2012. Disponible en: <http://www.aljazeera.com/indepth/interactive/2011/06/2011625448137941.h>

[tml](#)

Solís, B., (2008, Marz). Las ráfagas les quitaron el sueño. *Diario Expreso de Guayaquil*, Guayaquil, Pág.2.

Solvang, O. (2012, 3 July) Human Rights Watch, [Tracking down torture in Syria](http://www.hrw.org/news/2012/07/03/tracking-down-torture-syria), Extraído: agosto 2012 <http://www.hrw.org/news/2012/07/03/tracking-down-torture-syria>

Syria: End Indiscriminate Shootings of Civilians Fleeing Country. (2012, 27 Jun). *Human Rights Watch*, Extraído: agosto 2012, <http://www.hrw.org/news/2012/06/27/syria-end-indiscriminate-shootings-civilians-fleeing-country>

Violent clashes continue in Sudan's Darfur, Peacekeepers say armed men looted market and set fire to police station during an attack in the North Darfur state, *Al Jazeera*,, Disponible en: <http://www.aljazeera.com/news/africa/2012/08/201286225355482259.html>, último acceso: agosto 2012

United States (1997). Message of the Department of the Army to the legal advisers of the US Army forces deployed in the Gulf (1991). 8H Report on US Practice 1.6

The US and the new Middle East: Libya. *Al Jazeera*. Extraído: agosto, 2012. Disponible en: <http://www.aljazeera.com/programmes/faultlines/2011/07/201171910277367770.html>

Entrevistas

Herby, P. (2009, enero). *Armas de fósforo– el punto de vista del CICR*. Extraído: agosto 2012. Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/resources/documents/interview/weapons-interview-170109.htm>

ICTY. *Emir Beganović Story and Testimony*. (s.f.) Extraído: octubre 2011. Disponible en: <http://www.icty.org/sid/10120>

Base de datos

República del Ecuador, MMRREE (2012). Estadísticas de la Dirección de Refugio

ICRC, *IHL treaty database*. Extraído: marzo 2011, disponible en: [http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf)

ICTY. *Prijedor* (s.f.). Acceso: octubre 2011. Disponible en: http://www.icty.org/maps/eng/bih/bih_en.swf

Diccionarios

Black's Law Dictionary, *Fifth Edition*, (1860-1968). West Publishing Company. USA

Real Academia Española, 2001. 22 Eds. Rotapapel, S.L. España